# 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.

**Escola Judicial Des. Edésio Fernandes**

**Superintendente**
Des. Sérgio Antônio de Resende (até 02.03.06)
Des. Antônio Hélio Silva (a partir de 03.03.06)

**Superintendente Adjunta**
Des.ª Jane Ribeiro Silva

**Diretora Executiva**
Maria Cecília Belo

**Gerente de Documentação, Pesquisa e Informação Especializada**
Pedro Jorge Fonseca

**Assessoria Jurídica**
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte

**Coordenação de Comunicação Técnica**
Eliana Whately Moreira - Coordenadora

Áurea Santiago
Maria Célia da Silveira
Marisa Martins Ferreira
Sávio Capanema Ferreira de Melo
Tadeu Rodrigo Ribeiro
Vera Lúcia Camilo Guimarães

**Equipe da Unidade Francisco Sales**

Daysilane Alvarenga Ribeiro - **Diretora de Jurisprudência e Pesquisa**

Maria Beatriz da Conceição Mendonça - **Coordenadora da Divisão de Redação**
João Dias de Ávila
João Oscar de Almeida Falcão
Liliane Maria Boratto
Maria Amélia Ribeiro Kasakoff

Alexandre Silva Habib - **Coordenador da Divisão de Revisão**
Cecília Maria Alves Costa
Luiz Gustavo Villas Boas Givisiez
Mauro Teles Cardoso
Myriam Goulart de Oliveira

**Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes**
**Rua Guajajaras, 40 - 22º andar - Centro - Ed. Mirafiori - Telefone: (31) 3247-8900**
**30180-100 - Belo Horizonte/MG - Brasil**
**www.tjmg.gov.br/ejef - ejef@tjmg.gov.br**

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

Fotos da Capa:

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

Projeto Gráfico: ASCOM/COVIC
Diagramação: EJEF/GEDOC/COTEC - Marcos Aurélio Rodrigues e Thales Augusto Bento
Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/COBIB

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

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

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

Trimestral.
ISSQN 0447-1768

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

CDU 340.142 (815.1)

**ISSN 0447-1768**

**Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**

Presidente
Desembargador HUGO BENGTSSON JÚNIOR

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador ORLANDO ADÃO CARVALHO

Segundo Vice-Presidente
Desembargador SÉRGIO ANTÔNIO DE RESENDE (até 02.03.06)
Desembargador ANTÔNIO HÉLIO SILVA (a partir de 03.03.06)

Terceiro Vice-Presidente
Desembargador MÁRIO LÚCIO CARREIRA MACHADO

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador RONEY OLIVEIRA

**Tribunal Pleno**
**Desembargadores**
(por ordem de antiguidade em 30.06.2006)

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

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

# Composição de Câmaras e Grupos - Dias de Sessão

## Primeira Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins***
**Eduardo** Guimarães **Andrade**
**Geraldo Augusto** de Almeida
**Vanessa Verdolim Hudson Andrade**
**Armando Freire**

## Segunda Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

**Francisco** de Assis **Figueiredo***
**Nilson Reis**
**Jarbas** de Carvalho **Ladeira** Filho
José Altivo **Brandão Teixeira**
**Caetano Levi Lopes**

**Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis**

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

## Terceira Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

Nilo **Schalcher Ventura***
**Kildare** Gonçalves **Carvalho**
Celso **Maciel Pereira**
**Manuel** Bravo **Saramago**
Maria das Graças Silva **Albergaria** dos Santos **Costa**

## Quarta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

José Tarcízio de **Almeida Melo***
**Célio César Paduani**
Luiz **Audebert Delage** Filho
José Carlos **Moreira Diniz**
**Dárcio Lopardi Mendes**

**Segundo Grupo de Câmaras Cíveis**

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

## Quinta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

**Cláudio** Renato dos Santos **Costa**
**José Francisco Bueno**
**Dorival Guimarães Pereira***
**Maria Elza** de Campos Zettel
José **Nepomuceno** da **Silva**

## Sexta Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

**José Domingues Ferreira Esteves***
**Ernane Fidélis** dos Santos
**Edilson** Olímpio **Fernandes**
**Maurício Barros**
**Antônio Sérvulo** dos Santos

**Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis**

3ª quarta-feira do mês (Quinta e Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. Cláudio Costa)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

## Sétima Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

Armando **Pinheiro Lago***
Antônio Marcos **Alvim Soares**
**Edivaldo George dos Santos**
**Wander** Paulo **Marotta** Moreira
**Belizário** Antônio **de Lacerda**

## Oitava Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

**Isalino** Romualdo da Silva **Lisbôa***
**Fernando Bráulio** Ribeiro Terra
**Silas** Rodrigues **Vieira**
José **Edgard Penna Amorim** Pereira
**Teresa Cristina da Cunha Peixoto**

**Quarto Grupo de Câmaras Cíveis**

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

| **Nona Câmara Cível**<br>Terças-feiras | **Décima Câmara Cível**<br>Terças-feiras | **Quinto Grupo de Câmaras Cíveis**<br>2ª terça-feira do mês (Nona e Décima Câmaras, sob a Presidência do Des. Alberto Vilas Boas)<br>- Horário: 13 horas - |
|---|---|---|
| Desembargadores<br>**Osmando Almeida***<br>**Pedro Bernardes** de Oliveira<br>**Tarcísio** José **Martins Costa**<br>**Antônio de Pádua** Oliveira<br>**José Antônio Braga** | Desembargadores<br>**Alberto Vilas Boas** Vieira de Sousa*<br>**Roberto Borges de Oliveira**<br>**Alberto Aluízio Pacheco de Andrade**<br>Paulo Roberto **Pereira da Silva**<br>**Evangelina Castilho Duarte** | ** Presidente da Câmara* |

| **Décima Primeira Câmara Cível**<br>Quartas-feiras | **Décima Segunda Câmara Cível**<br>Quartas-feiras | **Sexto Grupo de Câmaras Cíveis**<br>3ª quarta-feira do mês (Décima Primeira e Décima Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. Alvimar de Ávila)<br>- Horário: 13 horas - |
|---|---|---|
| Desembargadores<br>Geraldo José **Duarte de Paula**<br>**Selma** Maria **Marques** de Souza*<br>**Fernando Caldeira Brant**<br>José **Afrânio Vilela**<br>**Marcelo** Guimarães **Rodrigues** | Desembargadores<br>**Alvimar de Ávila**<br>José Geraldo **Saldanha da Fonseca**<br>Geraldo **Domingos Coelho***<br>**José Flávio de Almeida**<br>**Nilo** Nívio **Lacerda** | ** Presidente da Câmara* |

| **Décima Terceira Câmara Cível**<br>Quintas-feiras | **Décima Quarta Câmara Cível**<br>Quintas-feiras | **Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis**<br>2ª quinta-feira do mês (Décima Terceira e Décima Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Valdez Leite Machado)<br>- Horário: 13 horas - |
|---|---|---|
| Desembargadores<br>**Eulina do Carmo** Santos **Almeida***<br>**Francisco Kupidlowski**<br>**Hilda** Maria Pôrto de Paula **Teixeira da Costa**<br>**Fábio Maia Viani**<br>**Adilson Lamounier** | Desembargadores<br>**Valdez Leite Machado***<br>**Dídimo Inocêncio de Paula**<br>**Elias Camilo** Sobrinho<br>**Heloísa** Helena de Ruiz **Combat**<br>**Renato Martins Jacob** | ** Presidente da Câmara* |

| **Décima Quinta Câmara Cível**<br>Quintas-feiras | **Décima Sexta Câmara Cível**<br>Quartas-feiras | **Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis**<br>3ª Sexta-feira do mês (Décima Quinta e Décima Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. José Affonso da Costa Côrtes)<br>- Horário: 13 horas - |
|---|---|---|
| Desembargadores<br>**José Affonso da Costa Côrtes***<br>José de Anchieta da **Mota e Silva**<br>**Maurílio Gabriel** Diniz<br>**Wagner Wilson** Ferreira<br>Pedro Carlos **Bitencourt Marcondes** | Desembargadores<br>**Mauro Soares de Freitas***<br>Francisco **Batista de Abreu**<br>**José Amancio** de Sousa Filho<br>**Sebastião Pereira de Souza**<br>**Otávio de Abreu Portes** | ** Presidente da Câmara* |

| **Décima Sétima Câmara Cível**<br>Quintas-feiras | **Décima Oitava Câmara Cível**<br>Quintas-feiras |
|---|---|
| Desembargadores | Desembargadores |
| Eduardo **Mariné da Cunha*** | **Guilherme Luciano Baeta Nunes*** |
| **Irmar Ferreira Campos** | **Unias Silva** |
| **Luciano Pinto** | José de **Dom Viçoso Rodrigues** |
| **Márcia De Paoli Balbino** | **Elpídio Donizetti** Nunes |
| Antônio **Lucas Pereira** | **José Octavio** de Brito **Capanema** |

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

** Presidente da Câmara*

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

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

** Presidente da Câmara*

**Segundo Grupo de Câmaras Criminais** (2ª terça-feira do mês) - Horário: 13 horas
Quarta e Quinta Câmaras, sob a Presidência do Des. Delmival de Almeida Campos

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

Desembargadores

**Hugo Bengtsson** Júnior
Presidente

**Orlando** Adão **Carvalho**
Primeiro Vice-Presidente

**Antônio Hélio Silva**
Segundo Vice-Presidente

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

**Roney Oliveira**
Corregedor-Geral de Justiça

**José Domingues Ferreira Esteves**

**Jane** Ribeiro **Silva**

Antônio Marcos **Alvim Soares**

**Eduardo** Guimarães **Andrade**

**Antônio Carlos Cruvinel**

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

Desembargadores

**Francisco** de Assis **Figueiredo**

**Gudesteu Biber** Sampaio

**Edelberto** Lellis **Santiago**

Márcio Antônio Abreu **Corrêa de Marins**

**Hugo Bengtsson** Júnior
Presidente

**Orlando** Adão **Carvalho**
Primeiro Vice-Presidente

**Antônio Hélio Silva**
Segundo Vice-Presidente

**Cláudio** Renato dos Santos **Costa**

**Isalino** Romualdo da Silva **Lisbôa**

**Sérgio** Antônio de **Resende**

Armando **Pinheiro Lago**
Presidente do TRE

**Roney Oliveira**
Corregedor-Geral de Justiça

Nilo **Schalcher Ventura**
Vice-Presidente e Corregedor do TRE

**Reynaldo Ximenes Carneiro**
Vice-Corregedor

Joaquim **Herculano Rodrigues**

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

José Tarcízio de **Almeida Melo**

**José Antonino Baía Borges**

**José Francisco Bueno**

**Célio César Paduani**

**Hyparco** de Vasconcellos **Immesi**

**Kildare** Gonçalves **Carvalho**

**Dorival Guimarães Pereira**

**Jarbas** de Carvalho **Ladeira** Filho

José Altivo **Brandão Teixeira**

Procurador-Geral de Justiça: Dr. Jarbas Soares Júnior

**Comissão de Divulgação e Jurisprudência**

Desembargadores

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

# SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargadora Branca Margarida Pereira Rennó - Nota biográfica . . . . . 15

Justiça e Sociedade na América Portuguesa - Nota histórica . . . . . 17

DOUTRINA

Atipicidade conglobante e crime de fraude no pagamento por meio de cheque . . . . . 21
AMAURY SILVA

A inconstitucionalidade do sistema de quotas: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano . . . . . 27
CARLOS FREDERICO BRAGA DA SILVA

VoIP versus ICMS . . . . . 37
FERNANDO NETO BOTELHO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Jurisprudência Cível . . . . . 61

Jurisprudência Criminal . . . . . 323

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA . . . . . 407

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL . . . . . 459

ÍNDICE NUMÉRICO . . . . . 481

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO . . . . . 485

Desembargadora BRANCA MARGARIDA PEREIRA RENNÓ

# MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

## Nota Biográfica

## Desembargadora Branca Margarida Pereira Rennó

Branca Margarida Pereira Rennó nasceu em 24 de novembro de 1931, em Itajubá, Minas Gerais. Era filha de Sebastião Pereira Rennó e Adelina Pereira Rennó, sendo a sétima filha de uma família de dez irmãos.

Cursou o primário e o ginásio no Colégio de Itajubá, e o Curso Clássico no Colégio de Sion, de São Paulo.

Bacharelou-se em Direito em 1955, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Em 1962, foi aprovada em concurso público para Juiz de Direito.

Iniciou sua carreira na Magistratura em 10 de dezembro de 1963, na Comarca de Cristina.

Em 1966, promovida por merecimento, foi para a Comarca de Campanha.

Em 1971, assume a 1ª Vara da Comarca de Itajubá.

Também por merecimento, em 1977, foi promovida para a 17ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte.

Foi membro especial do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e, em 1979, foi escolhida "Juíza do Ano" pelo Clube dos Advogados de Minas Gerais.

Em 1985, por antigüidade, assumiu o cargo de Juíza do Tribunal de Alçada.

Em 11 de maio de 1988, foi promovida a Desembargadora do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tornando-se, a partir de sua posse, na data de 25 de maio de 1988, a primeira mulher a alcançar o ápice da carreira da Magistratura mineira.

Simultaneamente, foi Juíza da 27ª Zona Eleitoral de Belo Horizonte, Diretora do Foro Eleitoral da Capital e Juíza suplente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais.

Aposentou-se, a pedido, em 2 de novembro de 1988.

Faleceu em 7 de maio de 2006.

**Referências Bibliográficas**

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

-:::-

## Nota Histórica

### Justiça e Sociedade na América Portuguesa[1]

Examinar a relação entre justiça e sociedade na América Portuguesa, principalmente no período que compreende os séculos XVI a XVIII. Esse é o foco central deste artigo.

A história da Justiça e do Direito no "Brasil Colônia" coincide com a história da própria sociedade brasileira, tendo em vista a organização proposta pela metrópole portuguesa, ao longo dos três séculos coloniais, forçada a coexistir com outras formas de organizações, além daquelas oriundas das tramas cotidianas estabelecidas no "Novo Mundo".

Consideremos, inicialmente, que as instituições judiciárias aqui implantadas nasceram no bojo de uma sociedade - portuguesa - com seus traços, hábitos e costumes peculiares que, ao serem transplantados para cá, acabaram por adquirir formas e valores específicos, resultantes das determinações lusitanas e do arranjo que fizeram adventícios e autóctones em nosso território.

Faz-se fundamental afirmar que, concomitante a todo aparato institucional existente, outros tipos de poder eram identificados, que não aqueles ligados diretamente aos magistrados.

O grande senhor de terra, o *pater familias*, possuía amplos poderes na sociedade colonial sob todos os aspectos (familiares, militares, religiosos...). Não por acaso, o patriarcalismo foi uma das marcas fundamentais da organização social na América Portuguesa, uma vez que os senhores de terra (os patriarcas) detinham uma rede de solidariedade muito ampla, a ponto de os próprios juízes e ouvidores pertencerem, por muitas vezes, a essas redes, que eram determinantes para as tomadas de decisão na sociedade colonial. Além desses, havia os representantes do Tribunal do Santo Ofício, extensões da Inquisição nas "visitações do Santo Ofício" aqui ocorridas.[2] Dessa maneira, muitas vezes os litígios se resolviam por vias diferentes daquelas criadas pela justiça secular. O "Tribunal da Inquisição do Santo Ofício", subordinado ao rei, cuidava dos crimes de heresia e tinha uma estrutura próxima à da justiça secular.

Nas palavras de Darcy Ribeiro, "O Santo Ofício era o braço repressor da Igreja Católica, ouvindo denúncias e calúnias na busca de heresias e bestialidades, julgava, condenava, encarcerava e até queimava vivos os mais ousados" (ANGELIM, 2004, p. 4).

A noção de justiça na América Portuguesa era bastante diferente da noção contemporânea. Para trabalhar com esse conceito em relação à sociedade, devemos delimitá-lo com clareza. A justiça estava intimamente ligada ao Direito Português e era um termo associado às instituições e pessoas encarregadas de sua aplicação, fruto da tênue fronteira que separava os magistrados dos burocratas da colônia lusa. Em coexistência e sofrendo várias retaliações, havia um direito próprio, autóctone, dos indígenas. Com a vinda dos africanos, houve o deslocamento de uma série de preceitos nesse campo, apesar de esses dois grupos étnicos serem desprivilegiados na sociedade colonial, em detrimento dos "homens bons" (brancos, proprietários, casados e católicos). Isso se deve ao fato de o Direito Português à época ser extremamente arraigado em privilégios sociais (notadamente aqueles ligados às linhagens nobiliárquicas e a alguns setores da burguesia) e ter optado por suprimir

[1] Ensaio elaborado e escrito pelo estagiário Paulo Geraldo Rocha Júnior e pela assessoria da Memória do Judiciário Mineiro.
[2] Ver Vainfas, Ronaldo ( org.) *Confissões da Bahia* - O Santo Ofício da Inquisição de Lisboa. São Paulo: Cia das Letras, 1997.

concepções que não fossem as deles. Segundo Wolkmer (2003), “desde o início da colonização, além da marginalização e do descaso pelas práticas costumeiras de um direito nativo e informal, a ordem normativa oficial implementava, gradativamente, as condições necessárias para institucionalizar o projeto expansionista lusitano” (p. 49).

Foi nesse sentido, inclusive, que se buscou penalizar uma série de delitos com o degredo para o Brasil. Visto que a colônia precisava ser povoada, criminosos de diversas estirpes para cá vieram, degredados em conformidade com as Ordenações Régias (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas).[3]

Juntamente com os portugueses, chegaram as tradições de uma cultura que se via como mais evoluída, também herdeira de uma prática jurídica milenar.

Nos primeiros momentos da colonização (1520-1549), a coroa portuguesa optou pelo sistema político-administrativo chamado Capitanias Hereditárias, tipicamente feudal em sua organização, com fortes características de descentralização de poder. Nesse período, as disposições legais referiam-se à legislação eclesiástica, cartas de doação e forais, todas em conformidade com as Ordenações Afonsinas e Manuelinas. Cada capitão donatário organizava sua capitania como melhor se lhe apresentasse. Exerciam atribuições de administradores, juízes e chefes militares, acumulando grandes poderes em suas mãos, o que por diversas vezes resultou em conflito com a coroa, ocupada em medidas que visavam ao povoamento do território. Por conta da maior proximidade com o território administrado, funcionavam como um tipo de poder paralelo, fazendo com que muitas de suas decisões contrariassem os anseios da metrópole, detalhe que revela uma autonomia maior do que a geralmente apresentada pela historiografia tradicional, que traz a América Portuguesa como um joguete nas mãos dos ibéricos – a partir da lógica do “exclusivismo colonial”. De acordo com Angelim (2004), “competia aos capitães donatários, dentro de seus respectivos limites territoriais, a jurisdição civil e criminal, além da administração propriamente dita. Cada capitania possuía um ouvidor (...) com o fracasso das capitanias, foi criado em 1548 um governo geral” (p. 2) .

Como o regime não alcançou êxito, a metrópole portuguesa passou ao sistema de “Governos Gerais”, buscando centralizar a administração nas mãos de um governador geral, nomeado pelo rei português. Haveria um Ouvidor-Geral, bem mais autônomo, para assessorar esse governador em assuntos relativos à justiça.

A sede do governo seria na Bahia.

Em 1609 foi criado o Tribunal de Relação da Bahia (restaurado somente em 1652, por ocasião das invasões holandesas).

Caracterizava-se como instância superior às ouvidorias e juízes, e foi criado motivado pelo crescimento das cidades, da população e por uma maior complexidade dos problemas da colônia (ANGELIM, 2004, p. 3; WOLKMER, 2002, p. 59).

Segundo Wolkmer (2003):

> A organização judiciária, reproduzindo na verdade a estrutura portuguesa, apresentava uma primeira instância, formada por juízes singulares que eram distribuídos nas categorias de ouvidores, juízes ordinários e juízes especiais (...). A segunda instância, composta

[3] Ver artigo de Pieroni, Geraldo. “Banidos para o Brasil: a pena do degredo nas ordenações do reino”. Publicado na Revista *Justiça e História* do Centro de Memória do Judiciário do RS.

> de juízes colegiados, agrupava os chamados Tribunais da Relação, que apreciavam os recursos ou embargos. Seus membros designavam-se desembargadores, e suas decisões, acórdãos (p. 59).

O aumento da importância da região sul da colônia, inclusive com o advento do ciclo do ouro, fez nascer o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, por alvará de 13 de outubro de 1751, durante o reinado de D. José I. Com a criação e funcionamento desse Tribunal, a justiça deixou de ser efetuada pelo ouvidor-geral e passou a ser centrada na burocracia de funcionários civis preparados e treinados na metrópole. (WOLKMER, 2003, p. 62). Os magistrados desses tribunais de segunda instância eram totalmente influenciados pela formação do direito português, tendo, inclusive, dentre eles, vários lusos, o que confere à nossa justiça do período colonial um caráter fortemente aristocrático e burguês, alinhado a aspirações de determinados segmentos da elite lusitana e colonial. A organização administrativa da colônia era marcada pela burocratização, calcada em procedimentos racionais e na personalização das relações, baseadas em parentesco, amizade, etc. Com a reforma pombalina do fim do séc. XVIII, buscou-se a modernização das instituições inspirada em idéias iluministas, o que se convencionou chamar de “Reformismo Iluminado”.

> No século XVIII, com as reformas pombalinas, a grande mudança em matéria legislativa foi a ‘Lei da Boa Razão’ (1769), que definia regras centralizadoras e uniformes para interpretação e aplicação das leis (WOLKMER, 2003, p. 48).

De acordo com a historiadora Carmem Lemos, pesquisadora e técnica da Seção de Preservação, Documentação e Pesquisa do Museu da Inconfidência em Ouro Preto, no período colonial as funções da justiça se confundiam com a administração do Estado português, inclusive de suas possessões ultramarinas. O órgão superior da justiça, o Desembargo do Paço, ficava em Portugal, e os Tribunais da Relação, espalhados pela metrópole e pelas colônias. O Brasil vivia sob o regime monarquista, no qual não havia a divisão dos três poderes, como hoje nos é familiar.

Em entrevista ao *TJMG - Informativo*, afirmou: “nesse contexto, a justiça funcionava como um instrumento decisivo no processo de consolidação do império português”.

Importante ressaltar que inventários, testamentos, processos e outros documentos produzidos pela justiça nesse período, e que balizaram este trabalho de pesquisa, se encontram à disposição de curiosos e interessados no rico acervo que abriga a Memória do Judiciário mineiro. E, ainda, que qualquer estudo sobre a história do Direito e da Justiça na América Portuguesa deve levar em consideração o conjunto de práticas sociais que os determinaram, captados quer na produção da vida material, quer nas relações sociais concretas.

Um grande problema a se enfrentar em estudos de tal natureza está no fato de que

> ... a transposição e a adequação do direito escrito europeu para a estrutura colonial brasileira acabou obstruindo o reconhecimento e a incorporação de práticas legais nativas consuetudinárias, resultando na imposição de um certo tipo de cultura jurídica que reproduziria a estranha e contraditória convivência de procedimentos burocrático-patrimonialistas, com a retórica do formalismo liberal e individualista (WOLKMER, 2003, p. 7).

Além do mais, nenhum estudo deve considerar apenas a justiça administrativa, visto que no período colonial havia, basicamente, três níveis de justiça: a justiça dos senhores de engenho e grandes proprietários de terra, a justiça administrativa oficial, do governo português, e a justiça eclesiástica. Sem contar as práticas nativas e aquelas que vieram com os negros.

Concretamente, o legado foram os documentos produzidos pela cultura escrita (os europeus) e os conhecimentos transmitidos via oralidade (indígenas e africanos).

Dessa complexa trama de relações socioculturais se constituíram a Justiça e o Direito na América Portuguesa.

**Referências Bibliográficas**:

ANGELIM, Augusto N. Sampaio. *Justiça Secular e Eclesiástica no Brasil Colonial*. Artigo veiculado via internet, no site [www.boletimjuridico.com.br] - 14/07/2004

FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala*: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 27. ed. Rio de Janeiro: Record, 1990.

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

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*: a suprema corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspectiva, 1979. 354p.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.170p.

-:::-

# DOUTRINA

## Atipicidade conglobante e crime de fraude no pagamento por meio de cheque

Amaury Silva*

O princípio da legalidade como condutor cônscio das prerrogativas e garantias democráticas do cidadão, quando em foco o direito penal, encontra na tipicidade o regozijo e a barreira necessária à contenção do excesso de poder punitivo estatal ou extravagâncias nos controles oficiais às condutas humanas. Quando justaposto ao princípio da irretroatividade da lei penal em regra (art. 2º, parágrafo único, CP), concebe uma rota linear que exclama contra os desatinos e casuísmos.

Se o direito penal não tivesse como pressuposto a exigência de lei que disponha sobre seu formato e a vedação de seu ressurgimento como fênix, para reviver situações pretéritas, já extirpadas da preocupação de tutela do legislador penal, seu perfil repressivo seria notado e vivenciado em doses exponenciais e por isso arbitrárias.

No entanto, reside na dimensão e enfoque que se dê à tipicidade, mais do que a própria legalidade e irretroatividade da lei penal como dogmas intransponíveis, o cursor natural e lógico para aprimoramento do direito penal justo, adequado a um Estado Democrático. Pode-se dizer com acerto que não existiria a tipicidade sem a legalidade e seus contornos seriam débeis sem a regra benigna da retroatividade. Contudo, os princípios em destaque - legalidade e irretroatividade em regra da lei penal - são pilares sem os quais não se poderia sequer falar em direito penal como instrumento legítimo de uma sociedade organizada, enquanto o estudo e a importância dada à tipicidade serão o indicativo da opção pelo viés democrático, com maior acentuação.

Essa projeção do cuidado com a tipicidade deve exorbitar ao conceito já conferido e sedimentado pela compreensão doutrinária, que conduz sua verificação com o preenchimento da previsão cogitada em lei ao fato concretamente abordado. Essa "congruência entre a ação concreta e o paradigma legal" de que nos fala Miguel Reale Júnior, citado por Guilherme de Souza Nucci,[1] para se entender existente a tipicidade, resta insuficiente quando o sistema legal nas suas diversas vertentes se cruza, criando a possibilidade do choque e do antagonismo, que deve ser suprimido a fim de que o direito penal não seja utilizado mais do que deveria ou em condições exasperadas.

O comparativo do abstrato e do caso objetivamente concretizado deve envolver todo o plano normativo.

A lógica dos sistemas legais não pode conviver com dispositivos dúbios, refratários ou dissonantes em comparativos individuais ou por grupos. A antropofagia consistente no fato de uma norma legal desautorizar ou autorizar o que outra concorda ou veda inviabiliza que o próprio direito penal seja analisado e definido no isolamento de suas próprias normas, sem buscar-se a aderência de dispositivos conexos, em cada caso concreto.

---

* Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Teófilo Otoni/MG

[1] "Nas palavras de Miguel Reale Júnior, é a 'congruência entre a ação concreta e o paradigma legal ou a configuração típica do injusto' (*Parte Geral do Código Penal - Nova Interpretação,* p. 21)", *apud* NUCCI, 2005, p. 143.

Se isso acontecer, fica instaurado o risco de corrupção da "ordem normativa", que poderia levar ao caos, restando plausível que a tipicidade penal seja a resultante da tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, como ensinam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

> A norma proibitiva que dá lugar ao tipo (e que permanece anteposta a ele: 'não matarás', 'não furtarás' etc) não está isolada, mas permanece junto com outras normas também proibitivas, formando uma ordem normativa, onde não se concebe que uma norma proíba o que outra ordena ou aquela que outra fomenta. Se isso fosse admitido, não se poderia falar de 'ordem normativa', e sim de um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas (...)
> Daí que a tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, à adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibitiva à luz da consideração englobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração englobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal...[2]

Essa ausência de convergência do sistema legal pode se refletir ainda no cotejo da conduta típica com premissas inseridas no contexto do Direito Natural, mesmo que o ordenamento jurídico extrapenal não diga de maneira expressa que incentive ou autorize aquele comportamento. Se ocorrer o impacto da grandeza que a conduta típica viole aqueles princípios já imutáveis, irrevogáveis e universais que compõem o senso do Direito Natural, ensejando um espectro de garantias democráticas, curial que esse, para alimentar o incremento da justiça, diga ao Direito Positivo Penal que seus padrões ou modelos não deveriam ser típicos, resultando também uma atipicidade conglobante.

O congraçamento do direito penal com o remanescente da ordem jurídica e com os princípios que orientem o Direito Natural, como proteção à vida, liberdade, associação e outras premissas, estão a funcionar como mecanismos de tutela e prestígio da própria natureza humana, como aponta Paulo Nader:

> O raciocínio que nos conduz à idéia do Direito Natural parte do pressuposto de que todo ser é dotado de uma natureza e de um fim. A natureza, ou seja, as propriedades que compõem o ser, define o fim a que este tende a realizar. Para que as providências ativas do homem se transformem em ato e com isto ele desenvolva, com inteligência, o seu papel na ordem geral das coisas, é indispensável que a sociedade se organize com mecanismos de proteção à natureza humana. Esta se revela, assim, como a grande condicionante do Direito Positivo. O adjetivo natural, agregado à palavra direito, indica que a ordem de princípios não é criada pelo homem e que expressa algo espontâneo, revelado pela própria natureza. A presente colocação decorre da simples observação de fatos concretos que envolvem o homem e não de meras abstrações ou dogmatismos. A premissa básica de nosso raciocínio, com toda evidência, se revela verdadeira. Conforme asseverou Max Weber, 'não existe ciência inteiramente isenta de pressupostos e ciência alguma tem condição de provar seu valor a quem lhe rejeite os pressupostos'. Com outras palavras, Jacques Leclercq fez a mesma afirmação: 'Sem admitir determinadas evidências, não é possível viver'...[3]

E assegura ainda o indigitado autor, quando preleciona sobre os princípios integrantes do jusnaturalismo:

> O jusnaturalismo atual concebe o Direito Natural apenas como um conjunto de amplos princípios, a partir dos quais o legislador deverá compor a ordem jurídica. Os princípios mais apontados

---

[2] ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 549-550.
[3] NADER, 1998, p. 437-438.

> referem-se ao direito à vida, à liberdade, à participação na vida social, à união entre os seres para a criação da prole, à igualdade de oportunidades. O chamado *direito natural normativo*, erro do séc. XVIII, que pretendeu, *more geometrico*, estabelecer códigos de Direito Natural, é idéia inteiramente abandonada...[4]

Essa perspectiva é a que movimenta o trato com o delito previsto no art. 12, § 2º, III, Lei 6.368/76, isto é, contribuição de qualquer forma para incentivo ou difusão do uso indevido ou tráfico de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, quando são trazidas ao contexto da subsunção do fato ao tipo penal, condutas referentes à manifestação do agente pela sua opção ou preferência por drogas, revelando sua empatia ou adesão ao consumo. De se apontar que a Lei 11.342/2006, que ab-rogou a antiga lei de tóxicos, não repetiu o mesmo perfil típico.

A par da concreta violação do princípio da taxatividade que o tipo penal em apreço encerrava, como pontificou Heleno Fragoso,[5] os comportamentos que normalmente são erigidos à realização do tipo penal consistem em padrões de ação ou atitude, totalmente acobertados pela livre manifestação do pensamento ideológico, o que está de maneira plena inserida na abordagem do Direito Natural, ao colóquio entre a dicção garantista e democrática para lida com o direito penal.

Se o tipo não pode estar em conformidade com o princípio dessa categoria, logicamente que a atipicidade conglobante se agiganta de modo a desprezar aquele comportamento, quando direcionado à conduta que realiza simultaneamente a liberdade de expressão e pensamento. Esse enfoque tem sido admitido pela jurisprudência.[6]

O mesmo pensamento deve ser atribuído ao cotejo entre o princípio da liberdade, inerente a qualquer ser humano como apanágio da sua condição, para ser contemplado pelo Direito Natural, viabilizando uma atipicidade conglobante de eventual tipificação do crime de fuga do preso. Para tanto, se observa que no direito penal pátrio a evasão do preso só é tipificada quando se usa o mecanismo da violência contra a pessoa, porquanto, nesse itinerário, a relevância da objetividade jurídica, ou seja, a incolumidade física de outrem, deve prevalecer (art. 352, CP).

É acertada, com isso, a posição que conclui pela atipicidade conglobante, quando o tipo penal em análise é comparado com o remanescente da ordem jurídica, e não puder ser acomodado ou mesmo com princípios nobres e inderrogáveis ao padrão do Direito Natural.

Quando se trata do crime de fraude no pagamento por meio de cheque através da conduta de frustrar-lhe o pagamento, mediante sustação ou contra-ordem, uma indutiva liturgia da subsunção dos fatos à tipicidade legal implica uma primeira e automática, mas insuficiente, conclusão de que a conduta narrada em virtual increpação sob esse plano fático tem sede no art. 171, § 2º, inciso VI, *in fine*, CP. Mas tal solução não sobrevive à teoria da tipicidade conglobante.

---

[4] Ob. cit., p. 439.

[5] "O núcleo deste inciso é exageradamente amplo, vago e indeterminado. A nosso ver, viola o princípio da taxatividade da lei penal (CP, art. 1º). A contribuição incriminada precisa manifestar-se por meio de ação 'idônea que diretamente sirva à difusão ou ao incentivo ou ao uso ilegítimo de entorpecente". FRAGOSO, 1981, p. 259.

[6] "*Habeas corpus.* Liberdade provisória. Paciente denunciado por contribuição ou incentivo ao uso e tráfico de drogas. Adesivo na motocicleta com a reprodução da folha de maconha. Tipicidade formal. Antinormatividade da conduta que enseja dúvida, não subsistindo a manutenção da prisão. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida" - TJMG - *HC* nº 1.0000.04.410004-8/000 - 2ª Câmara Criminal - Rel. Des. Herculano Rodrigues, j. 01/07/2004, *in* www.tjmg.gov.br/jurisprudencia - acesso 17/05/2006.

Os apontamentos da doutrina de Luiz Regis Prado discorrem no sentido de que a contra-ordem ou sustação do cheque, embasada em motivo justo, é o único elemento capaz de afastar naquela hipótese a tipicidade, pois revela um motivo justo para aquela providência.[7]

A evocação dos institutos de direito comercial, ligados à circulação e pagamento do cheque, isto é, a revogação ou oposição (sustação) suprimem a tipicidade do episódio que se concentrar no seu aspecto fático na conduta do agente que edite contra-ordem ou sustação independentemente do motivo, isso porque não pode ser considerada como tipicidade penal uma norma penal, desafiada e desautorizada por outra, sobretudo quando seu caráter é específico.

Ora, os arts. 35 e 36, Lei 7.357/85, autorizam ao emitente do cheque que expresse a revogação da ordem de pagamento emitida, ou mesmo faça oposição ao pagamento, ou seja, a sustação, vedado ao sacado imiscuir-se na justeza ou relevância da razão invocada pelo oponente.

Assim prescrevendo, a Lei do Cheque não se permeabiliza com o direito penal no tratamento sobre a questão da frustração no pagamento do cheque. Enquanto uma norma dita conduta típica (tipicidade legal), a outra na análise conjuntural do sistema legal desconsidera-a para autorizar e permitir a ação que seria típica, o que importa na aferição conjunta desses enunciados para se buscar a lógica da ordem normativa (tipicidade conglobante) e surgir com lisura e com base nos princípios do direito penal da fragmentariedade e intervenção mínima, a sua aplicação correta (tipicidade penal).

Desse modo, a tipicidade inercial do art. 171, § 2º, VI, *in fine*, CP, com checagem ao sistema legislativo em vigência não pode encerrar conduta típica exteriorizada pela frustração nos modelos acima tratados, com repercussão no direito penal, implicando assim a visceral atipicidade dos fatos com a configuração abordada.

O art. 65, Lei 7.357/85, ao anotar que os efeitos penais da emissão do cheque sem provisão suficiente de fundos junto ao sacado, a frustração de seu pagamento e condutas ligadas à falsidade, falsificação ou alteração, continuariam sob a égide da própria legislação penal, não abalam ou distorcem a conclusão acima apontada, já que integrante das disposições gerais, funciona como uma norma programática, sem estabelecer índices ou dados ligados à tipicidade ou outros requisitos para o desenho do ilícito penal.

É razoável, assim, a conclusão de que o crime em questão, quando for aventado que a conduta típica se desenvolva com apoio naqueles manifestos do emitente do cheque, previstos na lei específica, independentemente do juízo de valor que se faça deles, encontra liceidade e, por isso, não merece o tratamento penal, por acarretar um choque na estrutura do sistema legal em vigor.

Logicamente que, tirante a frustração do pagamento do cheque por meio de contra-ordem ou sustação, persiste a virtual tipicidade, já que pode ocorrer que o próprio emitente propositadamente frustra o pagamento, mas utilizando-se da conduta de retirar os valores que propiciam os fundos respectivos para pagamento da cártula.

Diante desse quadro, a denúncia que eventualmente fizer a descrição de fato com esse perfil não pode propiciar uma imputação penal, desafiando a rejeição do pedido nela contido, com basilar apoio no art. 43, I, CPP.

---

[7] "*Frustrar* importa dissipar a expectativa, malograr. Assim, embora o título tenha lastro em poder do sacado, o agente obstaculiza o seu pagamento, ou retirando-lhe os fundos antes da apresentação do título, ou emitindo uma contra-ordem de pagamento ao sacado. Contudo, não se pode olvidar que ao emitente é dado frustrar o pagamento, desde que embasado em motivo justo, *v.g.*, por ocasião de furto do cheque. O que a norma incrimina é a frustração fraudulenta". PRADO, 2004, p. 603.

**Referências bibliográficas**

FRAGOSO, Heleno. *Lição de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 4.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro - parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 2.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro* - parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

-:::-

# A inconstitucionalidade do sistema de quotas: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano

Carlos Frederico Braga da Silva*

Sumário: I. Introdução. II. Explicação histórica das desigualdades e evolução do Direito. III. Decisões da Suprema Corte Americana. IV. Decisão do Supremo Tribunal Federal e projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. V. Críticas e sugestões com base no princípio da isonomia: ausência de objetividade. Superação dos preconceitos e concretização da Constituição. Conclusão.

## I. Introdução

Como é sabido, o Brasil e os Estados Unidos da América têm em comum um passado colonial. Além disso, ambos são países de dimensões continentais e receberam imigrantes das mais variadas partes do mundo durante o processo de formação das nações, gerando populações bastante diversificadas. Nos dois países, traços políticos, culturais e sociais evidenciam que ambas as sociedades são multicoloridas.

Nada obstante, a pluralidade étnica atingida nas duas nações produziu ao menos uma nefasta conseqüência em comum: o racismo, revelado principalmente pela constatação de que, nos dois países, as sociedades ainda são desiguais e sectárias, especialmente no que tange à obtenção e ao exercício do poder político e intelectual.

Constitui fato notório que, em ambos, ainda existe uma desproporcional concentração do poder político e do acesso ao ensino, especialmente o superior, nas mãos da população cuja cor da pele é branca, sendo que as minorias negras, indígenas, de origem asiática e outras, como, por exemplo, os chamados latinos ou hispânicos na América do Norte, ainda são consideradas sub-representadas, levando-se em consideração o número proporcional de habitantes das referidas minorias no total da população dos países.

A omissão do Poder Público, ao não fornecer uma educação pública e gratuita de qualidade, é que seria reconhecidamente culpada pela desproporcionalidade ainda existente entre brancos e negros, especialmente. Por esse motivo, alguns sustentam a necessidade de ações oficiais chamadas afirmativas, as quais buscam atingir uma diversidade que represente de maneira mais proporcional todas as etnias, permitindo a mais ampla participação democrática e por que não dizer “colorida” no processo de condução dos interesses políticos, sociais e de comando das nações.

Bryan A. Garner, Editor Chefe do Dicionário Jurídico Blacks, uma das mais conceituadas fontes secundárias do Direito Americano, conceitua as ações afirmativas como sendo um conjunto de ações designadas para eliminar a discriminação existente e contínua, remediar os efeitos procrastinadores da discriminação passada e criar sistemas e procedimentos para prevenir a discriminação futura.[1]

* Mestrando em Direito Comparado pela Cumberland School of Law, Samford Universtiy, Alabama, USA.
Professor de Direito Constitucional I da Faculdade de Direito da Fundação de Ensino Superior de Passos.
Pós-Graduado em Direito Civil pela Escola Judicial do TJMG.
Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Passos/MG.

[1] http://web2.westlaw.com/welcome/LawSchoolPractitioner/default.wl?bhcp=1&FN=%5Ftop&MT=LawSchoolPractitioner&rs=LAWS2%2E0&strRecreate=no&sv=Split&vr=2%2E0

## II. Explicação histórica das desigualdades e evolução do Direito

Não há dúvida de que a população negra ficou extremamente estigmatizada em decorrência da escravidão. Nada obstante, na Antiguidade clássica já existiam referências ao escravagismo em decorrência de um processo de subjugação, sendo que havia a descrição de Aristóteles do homem "escravo por natureza", ou seja, escravos seriam aqueles seres inferiores, de costumes bárbaros e inumanos.

Uma das conseqüências mais abomináveis do racismo é que ele identifica os integrantes da população cuja cor da pele é escura com pessoas de segunda classe, inferiores e incapazes, aptas tão-somente à realização de trabalho braçal desimportante. Textos legais segregadores infelizmente são aptos a produzir referidos efeitos.

No Brasil, como é sabido, a abolição da escravatura aconteceu com a proclamação da Lei Áurea pela Princesa Isabel, em 13 de maio de 1888, especialmente por pressão externa, culminando com a queda da Monarquia e a criação da República Federativa. Apesar de ter sido o último país do mundo a abolir a escravatura, após fazê-lo, não mais editamos leis diferenciando as pessoas tão-somente com base na cor da sua pele.

O caminho dos Estados Unidos foi totalmente diferente. A principal causa da guerra civil lá acontecida foi a divergência relativa à abolição da escravatura. Referida guerra foi a mais traumática e sangrenta de todos os tempos para a maior potência do mundo dos dias atuais. No banho de sangue verificado, morreram mais de setecentos mil soldados americanos, o maior número de combatentes que os Estados Unidos já perderam em todos os tempos, inclusive somando o número total de soldados mortos em todas as outras guerras das quais o país já participou. Após o encerramento do conflito, os derrotados Estados do Sul demoraram décadas para se reerguerem economicamente. Não é difícil perceber que as conseqüências do ódio racial não se apagaram imediatamente após o encerramento do conflito.

Após a vitória dos Estados do Norte, foi editada a 13ª Emenda à Constituição Americana em 1865, vedando expressamente a escravidão em todo o território sob a jurisdição americana. Já a Emenda nº 15 fora ratificada em 1870, proibindo que se denegasse o direito de voto para todos os cidadãos americanos, independentemente de sua raça, cor ou prévia condição de submissão.

Porém, a realidade prática não era exatamente um reflexo da suposta igualdade jurídica proporcionada pela Constituição Americana de 1789.

O Congresso aprovou a lei chamada Ato de Direitos Civis de 1875, assegurando que a todos, independentemente de raça, cor ou prévia condição de submissão, seria assegurado o mesmo tratamento em todos os estabelecimentos públicos. Nada obstante, a Suprema Corte Americana, nos chamados *Civil Right Cases,*[2] decidiu que o Congresso não teria poder para legislar sobre matérias cuja competência seria do legislador estadual, mas apenas para providenciar ajustes contra as legislações e atos oficiais estaduais que subvertessem os direitos fundamentais previstos na Constituição; por esse motivo o Ato dos Direitos Civis de 1º de março de 1875, prevendo que todas as pessoas receberiam igual tratamento em estabelecimentos públicos, etc., bem como impondo penalidades sobre aqueles que violassem referido ato, seria inconstitucional. A Suprema Corte decidiu que a 14ª Emenda, que impunha a igualdade de proteção, somente se aplicaria contra ações discriminatórias provenientes dos governos estaduais, e não protegeria contra discriminações particulares.

---

[2] Civil Rights Cases, 109, U.S. 3.

Aqui vale uma consideração muito relevante sobre a Federação Americana, cuja técnica de repartição das competências é diferente da brasileira. Desde a primeira reunião dos delegados enviados à Filadélfia, ficou mais do que estabelecido que o Congresso Nacional Americano teria apenas os poderes enumerados na Constituição, especialmente no art. 1º, seção nº 8. Além disso, a Emenda de nº 10 estabelece que os poderes que não foram delegados aos Estados Unidos pela Constituição, ou seja, ao Governo Central, nem vedados pelo Texto Constitucional para os Estados, são reservados respectivamente aos Estados ou para o povo. Assim, nos Estados Unidos da América, o povo, legitimador maior da Carta Política, tem expressamente reconhecido no Texto Constitucional determinada parcela de poder, o que constitui, sem sombra de dúvida, um importante reconhecimento da importância do cidadão na sociedade americana.

Com o passar do tempo, especialmente nos Estados do Sul dos Estados Unidos, foram surgindo as chamadas *Jim Craw Laws*, as quais eram assim chamadas em decorrência da existência de um personagem caricato, caipira e maltrapilho de negro trabalhador rural. Referidas leis discriminatórias foram utilizadas em larga escala especialmente para dar suporte à segregação racial. Sintetizando, referidas leis exigiam, por exemplo, que os brancos e os negros utilizassem bebedouros públicos separados, freqüentassem escolas públicas e banheiros públicos separados, além de bibliotecas, restaurantes, ônibus e outros meios de transporte público diversos.

A Suprema Corte Americana decidiu, no caso chamado Plessy v. Ferguson,[3] que uma lei da Louisiana que previa lugares separados em vagões da estrada de ferro seria constitucional. Referido decisório legitimou as *Jim Craw Laws* e permitiu a conclusão de que elas seriam constitucionais, porquanto assimilariam o conceito de acomodações públicas "separadas, mas iguais", ou seja, brancos e negros tinham, ao menos em tese, o mesmo tratamento, desde que em locais diferentes...

Entretanto, especialmente durante o século passado, aconteceram vários boicotes contra a discriminação contida nos textos legais, além de manifestações públicas. Ressalte-se o caso de Rosa Parks, uma mulher afro-americana, que se recusou a se levantar de um ônibus e ceder o seu lugar para que um homem branco sentasse. Um dos mais reconhecidos ativistas dos direitos civis de todos os tempos foi o reverendo negro Martin Luther King Jr. A sua ação e outras levaram a edições de várias leis, bem como de decisões judiciais que buscavam a igualdade e o fim da segregação.

Porém, somente em 1964, o Congresso Americano resolveu invalidar a legislação estadual de segregação, invocando a competência legislativa federal para disciplinar o comércio (*Commercial Clause*) e aprovou o Ato de Direitos Civis de 1964, que revogou as discriminações em estabelecimentos e acomodações públicas, restaurantes, hotéis, lojas, escolas e locais de trabalho. A Suprema Corte, dessa feita, afirmou a constitucionalidade do novo ato ao decidir o caso *Heart of Atlanta Motel v. United States.*[4]

Em suma, apenas no meio da década de 1960 é que os Estados Unidos se viram livres de leis separando as pessoas objetivamente com base no critério cor da pele. Porém, de fato, até hoje existem na América do Norte bairros praticamente habitados por pessoas da mesma etnia.

**III. Decisões da Suprema Corte Americana**

A inconstitucionalidade do sistema de quotas é mais do que reconhecida nos Estados Unidos.

---

[3] *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537.
[4] *Heart of Atlanta Motel*, v. U. S. 379 U.S. 241.

Primeiro, é mister ressaltar que a Suprema Corte Americana decidiu, por maioria, no julgamento do recurso envolvendo *Regents of The University of California v. Bakke*,[5] que a separação de determinado número de vagas para minorias raciais ingressarem na escola de medicina da Universidade da Califórnia, ou seja, o sistema de quotas, era inconstitucional. O voto condutor proferido pelo Ministro Powel distinguiu entre o uso de quotas, considerado inconstitucional por violar a cláusula de igualdade de proteção prevista na 14ª Emenda da Constituição. A Corte decidiu por cinco votos contra quatro que a análise sobre a raça pode ser um, mas não o único, dos vários fatores a serem considerados para efeito de admissão na faculdade. O Ministro Powell decidiu que as quotas isolam as minorias raciais dos demais candidatos e são inconstitucionais porque causam discriminação contra todos os demais concorrentes.

Posteriormente, em 2003, a Suprema Corte Americana decidiu outro caso novamente por estreita maioria de cinco votos contra quatro, assimilando mais uma vez o entendimento da inconstitucionalidade das quotas. *Grutter v. Bollinger*[6] é um caso decidido pela Suprema Corte Americana no qual ficou reconhecida a constitucionalidade da política de ações afirmativas da Escola de Direito da Universidade de Michigan. A decisão assimilou o entendimento de que uma escola pública de direito poderia se basear também na cor da pele de determinadas minorias sub-representadas como sendo um dos critérios aptos a influir na decisão de admissão dos alunos. Porém, o teste de admissão tinha de ser considerado estritamente elaborado e levar em consideração outros fatores como, por exemplo, a nota obtida no exame nacional de admissão nas escolas de direito, a nota média obtida pelo aluno revelada pelo seu histórico escolar, além de uma declaração de mão própria esclarecendo por que o referido candidato iria contribuir para o progresso da escola de direito. Nesse sentido, o programa de admissão da Universidade de Michigan, que concedeu determinado número de pontos a título de bônus para certas minorias raciais sub-representadas, não violaria a igualdade de proteção. O argumento principal é que a obtenção de um corpo estudantil diversificado seria uma justificativa pública suficiente e um interesse a ser atingido pela universidade, o que não violaria a 14ª Emenda nem o Ato dos Direitos Civis. A Ministra O'Connor's proferiu o voto condutor novamente, reafirmando que o sistema das quotas, só por si, não poderia ser usado, conforme decidido vinte e cinco anos antes no caso *Bakke v. California*, já mencionado, bem como ressaltando que, às vezes no futuro, talvez vinte e cinco anos depois da decisão proferida em Grutter, as ações afirmativas raciais não poderiam ser mais admitidas sob o argumento de promover a diversidade. Referida afirmação sofreu inúmeras críticas nos Estados Unidos da América, pois, especialmente na América do Norte, não se admite interpretação diferente da Constituição apenas com base na passagem do tempo. A redação da Constituição não muda simplesmente porque o tempo passou.

Assim, pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que a decisão do caso Grutter largamente sustentou a posição afirmada pelo Ministro Powell vinte e cinco anos antes no caso *Regents of the University of California v. Bakke*.

Para finalizar, é importante lembrar também que, no caso *Gratz v. Bollinger*,[7] foi afirmado, por seis votos contra três, que outra política de quotas da Universidade Estadual de Michigan de acesso a cursos superiores violou a cláusula de igualdade de proteção prevista na 14ª Emenda ao simplesmente aumentar automaticamente a nota obtida no sistema de seleção para todas as minorias raciais ao invés de fazer considerações individuais mais específicas.

É mister frisar que, no Brasil, o critério de aprovação para a faculdade é tão-somente a nota obtida no vestibular, enquanto nos Estados Unidos é feita uma avaliação da vida social do candidato, entre outros fatores, sendo o exame por eles feito muito mais subjetivo do que a objetividade vigente no Brasil.

---

5 *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265.

6 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 2003.

7 *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 2003.

**IV. Decisão do Supremo Tribunal Federal e projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional**

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.09.03, fez um dos julgamentos mais importantes de toda a história da República ao apreciar o *HC* 82424/RS, impetrado em benefício do paciente Siegfried Ellwanger, no qual restou decidido que escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7.716/89, art. 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII). A ementa já contém excelentes considerações, sendo o conteúdo do voto extenso, o que se considera recomendável, em conseqüência da relevância da matéria decidida. Um dos principais argumentos adotados pela Corte é que, com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela pigmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. Também foi ressaltada a adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o anti-semitismo. Afirmou-se, ainda, que, no Estado de Direito Democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais se podem apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.627/04, o qual foi apensado ao Projeto de Lei nº 73/99.

O antes mencionado projeto de lei institui sistema especial de reserva de vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial negros e indígenas, nas instituições públicas federais de educação superior e dá outras providências. O seu art. 1º diz que as instituições públicas federais de educação superior reservarão, em cada concurso de seleção para ingresso nos cursos de graduação, no mínimo, cinqüenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Já o art. 2º determina que, em cada instituição de educação superior as vagas de que trata o art.1º serão preenchidas por uma proporção mínima de autodeclarados negros e indígenas igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. O parágrafo único prevê que, no caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios do *caput*, as remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. O art. 5º prevê uma revisão em dez anos do sistema especial para o acesso de estudantes negros, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, nas instituições de educação superior.

Na mensagem assinada eletronicamente por Tarso Fernando Herz Genro, é afirmado que, desde 1967, o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas. Também é dito que, na referida Convenção, o Estado brasileiro se comprometeu a aplicar as ações afirmativas como forma de promoção da igualdade para inclusão de grupos étnicos historicamente excluídos no processo de desenvolvimento social.

Ressaltou-se, ainda, que o projeto de lei antes citado adota a política de cotas de forma racional ao distribuí-las pela composição étnico-racial das unidades federativas. Ainda, diz-se que, ao mesmo tempo, é feita a combinação de critérios de inclusão por razões específicas de etnia com critérios universais de renda para acesso ao ensino público superior. Assim, também seria assegurado o ingresso nas universidades públicas aos estudantes egressos do sistema público de ensino fundamental e médio.

Foi afirmado que era imperioso que uma lei regulamentando cotas para negros, indígenas e alunos oriundos da escola pública garanta, em sua dinâmica, não só o ingresso, mas a permanência desses alunos até a conclusão dos cursos.

**V. Críticas e sugestões com base no princípio da isonomia: ausência de objetividade**

O art. 3º da Constituição Federal estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo importante mencionar o conteúdo do inciso IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de *discriminação*.

Já o art. 5º, *caput*, primeira parte, da Constituição da República diz que todos são iguais perante a lei, sem *distinção* de qualquer natureza.

No campo axiológico, ao menos em tese, tudo está já devidamente resolvido. Nada obstante, a realidade é que o Brasil é o país mais desigual do mundo e que aqui a pobreza preferencialmente tem cor.

A redação atual do § 3º do art. 5º da Constituição da República estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. O art. 60, § 4º, IV, determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

O artigo 26, item 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, assinada pelo Brasil em 10 de dezembro de 1948, estabelece que toda pessoa tem direito à educação. A educação será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A educação elementar será obrigatória. A educação técnico-profissional será acessível a todos, bem como a educação superior, esta baseada no *mérito*.

No *Dicionário Aurélio Eletrônico*, o termo mérito é indicado como sendo originário do latim e está associado ao sinônimo de merecimento, cuja definição consiste na 1) qualidade que torna alguém digno de prêmio, estima, apreço, ou de castigo, desprezo, etc.; 2) valor, importância: o merecimento do livro; 3) superioridade, excelência; 4) capacidade, habilitação, inteligência, talento, aptidão.

Realizando pesquisa na legislação brasileira que dispõe sobre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, localizei o Decreto Federal nº 63.223, de 6 de setembro de 1968, sancionado pelo Presidente da República. No *site* do Governo Federal, é informado que não consta revogação expressa do referido decreto, significando que ele está plenamente em vigor. No mencionado decreto, é reconhecido que o Congresso Nacional aprovou pelo Decreto Legislativo nº 40 (*), de 1967, a Convenção à luta contra a discriminação no campo do ensino, adotada em 15 de dezembro de 1960 pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco).

Na referida declaração, é lembrado que a Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma o princípio de *não-discriminação* e proclama o direito de toda pessoa à educação, bem como que a *discriminação* no campo do ensino constitui violação dos direitos enunciados na Declaração.

O artigo I da Convenção diz que o termo *discriminação* abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, *cor*, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, *origem* nacional ou *social*, *condição econômica* ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino.

Verifica-se claramente que a mensagem anexa ao Projeto de Lei nº 3.627/04, além de não se harmonizar com o princípio da igualdade, um dos pilares da Constituição da República, contraria frontalmente o texto da Convenção antes transcrita. Ora, sem sombra de dúvida, a Convenção subscrita pelo Brasil veda terminantemente qualquer tipo de tratamento diferenciado com base na cor da pele ou na origem. Trata-se de disposição com *status* constitucional de direito fundamental que não pode ser modificada sequer por emenda à Constituição.

Continuando, já na parte específica destinada à educação, a Constituição da República, no art. 206, inciso I, determina que um dos princípios que regem o ensino é a *igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*; o inciso VII diz que haverá garantia de *padrão de qualidade*. O art. 208, no que diz respeito especificamente ao ensino superior, determina, no inciso V, que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, *segundo a capacidade de cada um*. É óbvio que origem social e cor da pele não podem ser utilizados no Brasil como critérios aptos a serem considerados no momento da seleção para admissão no ensino superior.

O gabaritado professor Celso Antônio Bandeira de Mello, no seu livro denominado *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* (3. ed., segunda tiragem, São Paulo: Malheiros, 2004), dissertando especificamente sobre os critérios para identificação do desrespeito à isonomia, assim se manifesta, *verbis*:

> Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.
> Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles (*op.* e p. cit.).

No ordenamento constitucional brasileiro, o sistema de quotas para minorias raciais, ao se basear na cor da pele ou na escola originária do candidato, não adota um ingrediente objetivo válido e não possui explicação racional, porquanto o STF já declarou que não existem raças humanas diferentes, mas apenas cor da pele diversa. O sistema de quotas também não se harmoniza com o ordenamento constitucional brasileiro; antes o contrário, viola literalmente os direitos fundamentais do cidadão assegurados a todos pelos tratados e convenções internacionais aos quais o Brasil aderiu.

**VI. Superação dos preconceitos e concretização da Constituição**

Sem sombra de dúvida, um dos maiores preconceitos que infelizmente ainda presenciamos no Brasil é o sexismo. Apenas o Código Eleitoral de 1932 estendeu a cidadania eleitoral às mulheres. Somente em

1962, a mulher casada deixou de ser considerada civilmente incapaz, com a edição da Lei nº 4.121/62, o chamado Estatuto da Mulher Casada, publicado quase dois séculos após a Revolução Liberal.

Porém, o art. 5º, inciso I, da Carta Política da Nação não deixa mais qualquer dúvida ao estabelecer que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Conseqüentemente, o que se viu nos últimos anos foi um grande avanço das conquistas femininas. A mulher ganha exatamente igual ao homem quando se submete ao concurso público, diferentemente do que acontece ainda, lamentavelmente, no mercado de trabalho da iniciativa privada, como é público e notório. Apenas para exemplificar nos últimos dez anos, todos os primeiros lugares do concurso público para o ingresso na Magistratura do Estado de Minas Gerais foram ocupados por mulheres. Duas brilhantes juristas ocupam hoje a cadeira de Ministra do Pretório Excelso. Ou seja, a ilação obrigatória é que equiparar a mulher juridicamente ao homem produziu e está produzindo mudanças profundas na composição do Poder. Trata-se de fato constatado.

Assim, considera-se que editar uma lei em sentido formal e estrito, considerada ato legislativo emanado do Poder competente para editá-lo, novamente separando as pessoas com base na cor da pele, é um odioso retrocesso de mais de cem anos, além de ser flagrantemente inconstitucional.

Ora, problemas culturais e antropológicos devem ser resolvidos com base na movimentação da sociedade e das autoridades constituídas. Ambas devem se insurgir contra o não-atendimento daquilo que está previsto no nosso ordenamento consituticional como sendo uma decisão fundamental da Nação, possuindo embasamento no princípio da eficiência previsto no art. 37 da Carta Política.

As leis não se prestam para resgatar supostas dívidas do passado, incentivando disputas que, em verdade, deveriam ser desprestigiadas. Considero que as leis devem ser voltadas para o futuro, evitando-se distorções que violem o princípio da impessoalidade. No precedente já transcrito no presente estudo, o Pretório Excelso deixou isso muito bem claro ao repudiar qualquer tipo de possibilidade de separação com base em “raça”, bem como ao indicar os efeitos nefastos produzidos pela segregação oficializada.

Além disso, acredita-se que não se deve, jamais, absolver qualquer escola, seja pública ou privada, da obrigação de fornecer formação de qualidade para os seus alunos. O raciocínio contrário admite uma política educacional que viola a Constituição, o que beira o absurdo.

Vale transcrever trecho de reportagem publicada na *Folha de São Paulo* no dia 26.07.06, de autoria de Gustavo Balduino, secretário-executivo da Andifes (Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior), *verbis*:

> A solução passa pela educação cidadã de todos, e não pela separação legal entre brancos e negros. Se assim fosse, qual a justificativa para não estabelecer cotas raciais para todos os concursos públicos? Nas empresas? Nos partidos? E nos Parlamentos? Estes sim, com a obrigação de representar o perfil da sociedade brasileira. Mas, se por hipótese, na tentativa de inclusão, instituíssemos essa regra em todos os ambientes sociais e de Estado, estaríamos resgatando uma dívida ou segmentando definitivamente a sociedade? O que impedirá restaurantes, ônibus, locais públicos em geral de separar lugares para “beneficiar” negros?[8]

[8] Cotas com qualidade para escola pública. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2607200608.htm>. Acesso em: 24.08.2006.

A Comissão de Constituição e Legislação do Senado, deliberando sobre matéria eleitoral, proclamava que "o defeito não está nas leis, e sim nos costumes (...) Os costumes não se corrigem tão prontamente como se alteram as leis".[9]

Sem mais injustificáveis atrasos, é mister que se exija o cumprimento dos compromissos assumidos no texto constitucional, que completou dezoito anos no dia 05.10.2006. Os planos decenais de ensino elaborados no ano passado nos municípios mineiros têm de ser observados. A Secretaria Estadual de Ensino de Minas Gerais informa que a universalização do ensino fundamental atingiu quase cem por cento das necessidades. Cabe agora fazer o ensino de qualidade. Como?

Mediante a movimentação da sociedade e do Ministério Público, que deverá provocar o Poder Judiciário, se preferir o caminho demandista, ou então se articular junto aos Poderes Executivo e Legislativo, se decidir optar pelo caminho resolutivo. Precedentes existem. Já decidiu o egrégio STJ, no REsp nº 429.570 - GO (2002/0046110-8), Relatora a Ministra Eliana Calmon, que, na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigi-la. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da Administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

Adiciono outro caso também de lavra da ministra Eliana Calmon, REsp nº 493.811 - SP (2002/0169619-5), no qual fora reconhecida a legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, que se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, bem como o oferecimento de tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

Para finalizar, acrescente-se trecho de excelente livro publicado pelo Juiz Federal Dirley da Cunha Júnior, Doutor em Direito Constitucional, *verbis*:

> A inconstitucionalidade por omissão de políticas públicas, sindicável incidentalmente por meio de ação civil pública, descortina-se ante uma abstenção indevida do poder público em ofertar, por exemplo, educação gratuita à criança e ao adolescente, saúde pública a todos, assistência aos carentes, possibilidade de integração ao deficiente, proteção ao patrimônio histórico e cultural, proteção ao meio ambiente, proteção ao idoso e demarcação das terras indígenas. É nesse contexto que se defende o controle judicial da constitucionalidade dos atos e das omissões relativas à implementação das políticas públicas, para tanto sendo extremamente útil a ação civil pública. (...)
> Em suma, o controle judicial da constitucionalidade das políticas públicas tem por fim justamente o confronto de tais políticas com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade de governo. E a ação civil pública, reitere-se, apresenta-se como um expedito e amplo remédio para atingir esse desígnio.[10]

## VII. Conclusão

As ações afirmativas são essenciais em países onde existem iniqüidades, especialmente no Brasil, onde proliferam as omissões públicas e administrativas. Porém o ordenamento constitucional

---

[9] LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Sistema eleitorais e partidos políticos*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1956, p. 62, *apud Jurisprudência Mineira*, v. 159, p. 24-25.

[10] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 461.

brasileiro não admite a adoção de quotas para minorias raciais, com o intuito de possibilitar o seu ingresso na faculdade, uma vez que referida política contraria frontalmente o princípio constitucional da igualdade, seja por causa do estabelecido na Constituição da República ou em conseqüência da adesão do Brasil aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Referida inconstitucionalidade está pacificamente assegurada nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, país cujo passado histórico revela uma luta em prol da implementação dos direitos das minorias raciais.

A sociedade brasileira e os Poderes da República têm de implementar de imediato as medidas necessárias à concretização dos compromissos assumidos no Texto Constitucional e proporcionar educação de qualidade a todos os interessados em obtê-la. A omissão que acaso se verificar autoriza que o Ministério Público, em defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, provoque os Poderes da República - em especial o Poder Judiciário -, requerendo seja oferecida intervenção apta a compelir o Poder Executivo a direcionar verba do orçamento para que o ensino fundamental de qualidade seja oferecido para a população de maneira universal.

-:::-

# VoIP versus ICMS

Fernando Neto Botelho*

Sumário: 1 Introdução. 2 A referência histórica. 3 Estrutura da compreensão. 4 Relevância do fato e a jurisprudência. 5 Análise jurídico-regulatória. 6 Análise tecnológica. 7 Análise tributária. 8 Conclusão. 9 Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

Um anglicismo incorporado ao repertório de estrangeirismos dos manuais de tecnologias da informação ou uma aplicação integrada a serviços de acesso à Internet, são apenas algumas das incertezas que rodeiam, hoje, a compreensão da sigla VoIP (*Voice over Internet Protocol*).

E, antes mesmo de dissecada, compreendida, em sua extensão material, ou de analisada quanto a seu alcance jurídico, a sigla já ganhou espaço como objeto de oferta de serviços (por provedores de acesso à Internet).

Diz-se "de acesso à Internet" porque foram, até agora, os serviços - e seus provedores, ou, os provedores do acesso à rede mundial - que primeiro se lançaram à veiculação de VoIP como produto formal agregado à oferta tradicional de serviços.

São eles que, através do arrojo empresarial de anteciparem a inovação como item de *core business*, começam a provocar a necessidade de reflexão do meio jurídico, pois no seio deste a *quaestio iuris* relacionada com a comercialização de VoIP terminará seu natural percurso de definição.

Não será possível, diante deste cenário empresarial que se consolida, que o intérprete do fenômeno aguarde que lei formal, ou disciplina normativa específica, surja como guia prévio da definição (de VoIP).

Outro exemplo do poder mutante da realidade social que a inovação tecnológica produz, VoIP se antecipa a esta normatização, instalando-se, "diretamente", na *praxis* do mercado de serviços do provimento de acesso à Internet, assim se antecipando à própria "palavra" do legislador.

Convoca, por isso e em razão do impacto não mais desprezível que produz, hoje, em segmentos fundamentais do setor (de telecomunicações), a necessidade de delineamento.

Para esse, deve-se caminhar com cautela recomendável a espinhosas tarefas, como as que têm, no centro, apreciação de aplicações tecnológicas inovadoras e não-instituídas "por lei" (formal).

---

* Juiz de Direito Titular da 4ª Vara de Feitos Tributários do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte)
* Professor da Cadeira de Direito Tributário da EJEF - Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - TJMG (Preparação de Magistrados)
* MBA - Gestão em Telecomunicações pela FGV - Fundação Getúlio Vargas e Ohio University/USA
* Ex-Membro do Comitê de Defesa dos Usuários de Telefonia Fixa Comutada/Anatel
* Membro da ABDI-MG, Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações
* Membro da Comissão de Tecnologia da Informação do Tribunal de Justiça de MG
* Membro Fundador do CBTM - Conselho Brasileiro de Telemedicina
* Foi Diretor de TI da Amagis - Associação dos Magistrados de MG
* É autor do livro *As Telecomunicações e o FUST* (Ed. Del Rey - 2001);
* *Telecomunicações - Questões Jurídicas* - site mantido pelo Coordenador da ComUnidade WirelessBrasil sobre os trabalhos e atividades em Grupos de Debates de Fernando Botelho

A missão há de ir à compreensão do fato em sua larga extensão técnica - ligada, aqui, a recursos de tecnologia da informação -, pois não se poderá alcançar conceito jurídico a habilitar respostas adequadas e convincentes sem que o fato seja essencialmente conhecido.

Estará, no ingresso analítico do aspecto tecnológico do problema, ou no aprofundamento da aplicação e na conferência dos seus contornos e origens (computacionais telemáticos), o segredo para que VoIP possa ser juridicamente catalogada.

Uma cuidada dose de ativismo-interpretativo, para suporte da lacuna deixada por falta de "lei formal", desapego do positismo clássico e adoção de visão cognitiva como a proposta por Dworkin[1] - em sua clássica retórica, do "Hércules" interpretativo - ou por Habermas[2] e Ronsenfeld[3] poderão ajudar na tarefa, que será a de construir pilares de um novo instituto, fruto de nova aplicação, tendo por base fato consumado, praticado sem regramento prévio.

Dentro desse objetivo, buscaremos conduzir a reflexão presente, primeiramente, por dados históricos - referenciais lógicos da transposição, ou da "passagem" da voz para redes IP - e, a seguir, pela identificação de marco regulatório para VoIP, no Brasil, com a conferência, ao final, de detalhes técnicos da operação/aplicação de VoIP.

Finalmente, sugeriremos uma visão tributária (quanto ao ICMS) para a aplicação.

## 2. A referência histórica

Em sua mais recente série de abordagens sobre VoIP, o engenheiro José Ribamar Smolka Ramos[4] referencia texto - publicado em 1996 pela *Wired Magazine*, intitulado *Netheads vs BellHeads*,[5] de autoria de Steve G. Stenberg - em cujo centro se destacou, à época, existência de:

> ... uma guerra entre os *Bellheads* e os *Netheads*. Em termos amplos, *Bellheads* são as pessoas da telefonia original. São os engenheiros e os gestores que cresceram sob olhares atenciosos de *Ma Bell* e que continuam a dar suporte às práticas do sistema Bell fora do respeito ao legado dela. Eles acreditam na solução de problemas segundo aplicações técnicas que dependem de *hardwares* e rigoroso controle de qualidade - ideais e práticas que integram nosso robusto sistema de telefonia e que são incorporados, atualmente, ao procotolo ATM.
> Opostos aos *Bellheads*, estão os *Netheads*, os "jovens turcos" que conectaram os computadores do mundo para formarem a Internet. Esses engenheiros vêem a indústria atual de telecomunicações como uma relíquia a ser superada pela marcha da computação digital. Os *Netheads* acreditam mais na inteligência dos *softwares* que na força bruta dos *hardwares*, e no roteamento flexível e adptável ao invés do controle rígido de tráfego. Esses são os ideais e princípios, em suma, que têm determinado o crescimento tão rápido da Internet, e que estão incorporados no IP - no Protocolo Internet.[6]

---

[1] DWORKIN, 1999.
[2] HABERMAS, 1997.
[3] ROSENFELD, 1995.
[4] "VoIP" (http://www.wirelessbrasil.org/wirelessbr/colaboradores/jose_smolka/voip/serie_voip_01.html)
[5] Steve G. Steinberg ("*The most vicious battle on the Net today is a secret war between techies. At stake is nothing less than the organization of cyberspace*" - http://www.wired.com/wired/archive/4.10/atm_pr.html )
[6] Tradução livre, do autor, da passagem do artigo: *"It is a war between the Bellheads and the Netheads. In broad strokes, Bellheads are the original telephone people. They are the engineers and managers who grew up under the watchful eye of Ma Bell and who continue to abide by Bell System practices out of respect for Her legacy. They believe in solving problems with dependable hardware techniques and in rigorous quality control - ideals that form the basis of our robust phone system and that are incorporated in the ATM protocol*.
Opposed to the Bellheads are the Netheads, the young Turks who connected the world's computers to form the Internet. These engineers see the telecom industry as one more relic that will be overturned by the march of digital computing. The Netheads believe in intelligent software rather than brute-force hardware, in flexible and adaptive routing instead of fixed traffic control. It is these ideals, after all, that have allowed the Internet to grow so quickly and that are incorporated into IP - the Internet Protocol".

Vê-se que, uma década antes de VoIP instalar-se, como agora, na atividade e certos serviços da indústria de telecomunicações, já se notava o surgimento de pontos de divergência quanto a princípios que deveriam nortear a gestão do tráfego nas redes de telecomunicações.

Desde o surgimento dos estudos, no início do século XX, do matemático dinamarquês A.K. Erlang, voltados para o gerenciamento do tráfego e para a comutação da voz por centrais telefônicas, a idéia conceptiva, de Alexander Graham Bell - de conectar, por cabos elétricos, pontos fixos, entre os quais se implementaria a transmissão de sinais codificados da voz humana - consagrou-se como a estrutura topológica da telefonia mundial.

A armação de circuitos elétricos dedicados, ocupando canais de centrais telefônicas durante a permanência das ligações, e seu gerenciamento estabilizado por sinalização - *call-setup*, *call-handling*, *call-ending* - consagrou-se e definiu a estrutura técnica da telefonia, que passou a atuar segundo um conceito: o do tráfego gerenciado dos sinais da voz por redes ATM.[7]

A engenharia dessa modalidade de tráfego da voz solidificou históricas estruturas normativas técnicas, organizadas, inclusive, sob a gestão da ONU - Organização das Nações Unidas, como a da ITU - International Telecomunications Union (UIT - União Internacional das Telecomunicações).

Com a instalação do novo fenômeno da Internet - ancorada na idéia da conexão universal, não hierárquica e não gerenciada, de redes "de pacotes", atuando estas por uniões (nós) físicas e por "linguagem" lógica universal de transmissão, proporcionada pelo uso de um novo protocolo/*software*, o protocolo IP (ou o *software* TCP/IP-Transmission Control Protocolo) - surge distinto segmento da engenharia do tráfego de redes: a congregação, agora, da IETF - International Engeneering Task Force.

Tal dualidade "de engenharias" - a convencional, ligada ao tráfego da voz por redes ATM (o histórico segmento Bell/Erlang) - entrechocam-se em meados da década de 90. Ali, os engenheiros/IETF, críticos da gestão "dedicada" e da antiga comutação "por circuitos" dos sinais da voz, e defensores da comutação "por pacotes" via roteamento não hierarquizado dos mesmos sinais, passam a debater a possibilidade de a voz, ou os sinais elétricos codificados da voz humana, romper limites convencionais daquele outro cenário, então cativo, da telefonia convencional, e passar a se transmitir, como um dado multimídia, pelas "rajadas" dos "pacotes" Internet.

Divergência técnica, esta, que ficou estabelecida na ocasião entre os engenheiros, e circunscrita a aspectos disciplinares tecnológicos da inovação.

No entanto, rapidamente, a discussão teórica ganhou outro campo fértil: o da indústria e da comercialidade (da voz, como produto).

Surge, então, o embrião final do fenômeno da Telefonia IP, hoje sintetizada na sigla VoIP, ou, "voz sobre redes IP".

Posta como alternativa à telefonia convencional (esta, por redes ATM), a proposta da transformação do sinal de voz em dado multimídia para transmissão/recepção por redes IP, especificamente pela Internet, gerou intenso atrativo comercial, que começa a produzir grandes impactos.

A gerência da rede Internet requeria e requer investimentos menores que os das redes de telefonia, pois os circuitos dedicados comutados destas perdem, pelo alto custo de ocupação e gerenciamento dos canais nas centrais, para o gerenciamento simplificado não dedicado dos pacotes da *web*.

---

[7] ATM: *asynchronous transfer mode*

Noutro modo de dizer, a "guerra" anunciada (*Bellheads* vs *Netheads*) do final do século XX (anos 90), ou a divergência técnica, de engenharia, que terminava o período dourado da telefonia convencional, transformou-se, no início do novo século, em imensa perspectiva de disputa comercial "da voz", como produto (entre a indústria da comutação "por circuitos" e a da "comutação por pacotes").

A inovação, que consagra, agora, a idéia de não mais se tornar cativa a voz humana do antigo tráfego por redes ATM, é a mesma que anuncia a perspectiva de disputas empresariais comerciais em busca de consumidores, conseqüentemente a possibilidade de choques de interesses corporativos empresariais, e conflitos, que deverão ser dirimidos pela via útil da compreensão do fenômeno inovador.

A este cenário deverá ser convocado, por último, o intérprete do Direito, que não estará autorizado a errar.

**3. Estrutura da compreensão**

Feitos os devidos esclarecimentos históricos quanto ao surgimento dos primeiros debates que levaram à Telefonia IP, é momento de organizar a apreciação em si de VoIP.

Para ela, particularmente para uma visão tributária do fenômeno, não se poderá abandonar, como regra de interpretação, a disciplina propugnada, inicialmente, pelo próprio CTN, em seu art. 110,[8] quanto a limites impostos à análise de fatos que tenham elementos de definição extraídos não da norma tributária em si, mas de estruturas normativas vinculadas ao direito privado.

Como anunciado no início deste trabalho, o fato de a comercialização de VoIP, no Brasil, ter-se tornado, até agora, produto integrado a serviços do Provimento de Acesso à Internet-PSCI (ou, à atividade dos provedores de serviços de conexão à Internet), e, sendo estes PSCI considerados, hoje, pela própria unificada jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça,[9] prestadores privados de SVA - Serviços de Valor Adicionado, pois que não se sujeitam a qualquer delegação pública-estatal para atuação, tem-se que considerar, como ponto de partida, a atividade de VoIP como expressão de empreendimento privado.

Assim, não se poderá dar à aplicação tratamento tributário autônomo ou próprio, que se divorcie da definição que o fato possa obter à luz do direito privado.

Conhecê-lo equivalerá, para a aferição tributária, a mandamento, imperioso, que já se fez ao próprio desvendamento da atividade dos PSCI, à qual agora se integra VoIP, como produto agregado.

**4. Relevância do fato e a jurisprudência**

Se o propósito desta análise é, então, o exame dos limites tributários emprestáveis à atividade VoIP, o fato objeto dela não pode ser relegado a plano inferior.

Se o alvo da detecção da competência tributária e da exação possível em VoIP encontra seu estuário na correta delimitação da tipicidade, ou na segura integração do fato à hipótese legal genérica de incidência (aqui, do ICMS), não pode este mesmo fato apartar-se da interpretação, nem esta sobrepujar aquele.

---

[8] " Art. 110 - A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou *implicitamente, pela Constituição Federal,* pelas Constituições dos Estados, ou pelas leis orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias".

[9] STJ, Embargos de Divergência 56.650-PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, j. em 11.05.2005.

Há de ser (o fato) compreendido, pena de não se poder tratá-lo frente ao rigor da tipicidade tributária.

Abordando a questão frente aos PSCI, já advertia, com este sentido, o Professor Marco Aurélio Greco:

> ... o primeiro critério a ser apontado é o que indica dever o tema ser enfrentado a partir do *conhecimento específico quanto ao funcionamento da própria Internet sob o ângulo técnico* (...) para poder enquadrar certa atividade ou serviço em determinada norma de competência tributária, que não se utiliza de conceito jurídico de direito privado, necessário é, primeiro, *conhecer as características concretas do objeto por ele qualificado*...[10]

Não se deve perder de vista que, estando VoIP agregado à oferta de serviços de provimento de acesso, estes tiveram recente acertamento jurisprudencial superior quanto à (não) sujeição ao ICMS.

Trata-se do aresto editado pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, contido nos Embargos de Divergência 56.650-PR, Relator Ministro Fanciulli Neto, j. em 11.05.2005, no qual fixado o princípio:

> *... serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet. (...) não-incidência de ICMS (...) o serviço prestado pelo provedor de acesso à internet não se caracteriza como serviço de telecomunicação*, porque não necessita de autorização, permissão ou concessão da União, conforme determina o artigo 21, XI, da Constituição Federal.

Esta era, aliás, a visão que sempre externaram Hugo de Brito Machado[11] e Carrazza.[12]

Se assim é, isto é, se a Corte incumbida da harmonização da jurisprudência infra-constitucional editou, com encerramento formal da divergência pontuada entre suas Turmas, princípio segundo o qual intangível, pelo ICMS, a prestação do serviço de acesso à Internet - que "... não se caracteriza como serviço de telecomunicação..." - não se poderá re-editar argumento em contrário, ao menos na vigência do precedente majoritário do STJ. Este impede seja o PSCI tido como autor da prática de algo (comunicação) diverso ou mais amplo que telecomunicação. A Corte unificou, claramente, o conceito de serviços de "comunicação" e de "telecomunicações", afastando da exação estadual o provimento do acesso à Internet, pela via de não considerá-lo "comunicação/telecomunicação".[13]

---

[10] GRECO, 2000, p. 120.

[11] "Serviço de comunicação. O conceito de comunicação é excessivamente amplo. Não é, porém, a comunicação que integra o âmbito de incidência do ICMS, mas o serviço de comunicação. Isto quer dizer que o fato relevante, o fato que pode ser colhido pelo legislador para definir a hipótese de incidência desse imposto, é o serviço de comunicação, e não a comunicação em si mesma. O fato de alguém comunicar-se com outrem não pode ser definido como gerador do dever de pagar o imposto" (MACHADO, 1997, p. 37).

[12] "A regra-matriz deste ICMS é, pois, prestar serviços de comunicações. Não é simplesmente realizar a comunicação.
(...)
Note-se que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a 'relação comunicativa', isto é, a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra.
Isto é feito mediante a instalação de microfones, caixas de som, telefones, radiotransmissores, etc. Tudo, enfim, que faz parte da infra-estrutura mecânica, eletrônica e técnica necessárias à comunicação.
(...)
Situação diversa ocorre quando pessoa (física ou jurídica) mantém em funcionamento o sistema de comunicações, consistente em terminais, centrais, linhas de transmissão, satélites, etc.
Agora, sim: há uma relação negocial entre o prestador e o usuário, que possibilita, a este último, a comunicação. É o quanto basta para que o ICMS incida. Mesmo que o usuário mantenha os equipamentos desligados" (CARRAZZA, 1998, p. 115-116).

[13] Tivemos oportunidade de antecipar o assunto em trabalho publicado (Tributação do Serviço de Provimento da Internet) no *Direito Tributário das Telecomunicações*, ed. Thomsom/IOB, p. 579, ocasião em que destacávamos a mudança de tratamento constitucional dos serviços "de comunicação" frente ao ICMS, ocorrida quando da instituição da imunidade tributária para impostos desses mesmos serviços, imunidade que passou a incidir não mais sobre "comunicações" e, sim, sobre "serviços de telecomunicações". Dizíamos sobre ela:
"...chama a atenção o fato de que a Constituição Federal, em seu art. 155, II, refere-se, como elemento determinante da incidência do ICMS, à prestação de serviços "de comunicação". Esta, no entanto, a redação primitiva do Texto Constitucional - embora, neste primitivo referencial, estivesse ele inserido na letra "a", do inciso "I", do art. 155. Repare-se que a expressão, contada da origem (letra "a", inciso I, art. 155) data de nada menos de 15 anos passados!

Partimos, por isso, nesta análise de VoIP, daquele exato pressuposto jurisprudencial e de sua concreta fundamentação: o de que o PSCI não constitui fato gerador do ICMS.

A partir dele, entramos no campo específico da indagação sobre VoIP e seu poder de mutação material das atividades do PSCI, de modo a impor alteração da fixada vertente jurisprudencial.

Questões surgem desta cogitação e podem ser resumidas nas indagações seguintes:

PSCI = VoIP (a atividade do primeiro equivalerá à do segundo)?
PSCI # VoIP (a atividade do provimento não equivalerá à de VoIP)?
PSCI > VoIP (a atividade de um abrange a do outro)?

---

Diz-se "nada menos" porque, à evidência, este período, ainda que curto para vigência de textos normativos, sobretudo Textos Constitucionais, constitui, tranqüilamente, uma eternidade para os parâmetros que informam os ciclos evolutivos das tecnologias ligadas ao "mundo digital-virtual".

Nestes 15 anos - de vigência do texto da Constituição - um "mundo", diríamos, se realizou, se criou, e "outro" se extinguiu, em termos tecnológicos.

O constituinte originário, editor da redação primitiva que terminou se transformando na atual, do inciso II, do art. 155/CF, não reunia - principalmente ao se considerar que a data dos trabalhos constituintes precedeu a da própria edição definitiva do Texto (outubro/1988) - qualquer possibilidade de conhecimento, àquela época, dos detalhes da dinâmica comunicativa, que hoje se dão a conhecer sob o conceito da rede mundial Internet.

Basta dizer, para não mais se alongar o presente exame, que, àquela época, isto é, exatamente em 1988, acabara de se formar a Internet mundial, com a integração de redes mundiais ao americano NSFNet - anteriormente citado. Podemos dizer, sem risco de infidelidades, que, no mesmo ano de "nascimento" de nossa Constituição (com o primitivo referencial a "serviços de comunicação", adicionado ao anterior inciso I, letra "a", do art. 155), "nascia", para o mundo, o conceito, como hoje se conhece e pratica, de Internet, o que dá bem a conta do *gap* existente, na primitiva redação da primeira, quanto aos conceitos da última.

Dessa coincidência etária - 15 anos - se pode extrair que seguramente a Internet em nada contribuiu para a edição do Texto de 1988, razão pela qual a interferência desta nas atividades daquela haverá de se submeter a um certo comedimento de análise.

Isto torna absolutamente iníquo o exame que se faça puramente tópico, da expressão "serviços de comunicação", inserida na antiga primeira versão do Texto Maior, ou que dela se utilize para análise da *mens legislatoris* do Constituinte da época.

A melhor evidência desta defasagem se nota com o fato de que, em 1993, a Constituição Federal, neste particular, sofreu reforma - implementada por poder derivado - com a edição da Emenda Constitucional 3/93.

*Esta EC 3/93 deu nova redação ao parágrafo terceiro exatamente do art. 155, isto é, tratou, neste ponto, de temática claramente condicional, ou submetida, por inteiro, à disciplina do* caput *do mesmo dispositivo (do art. 155).*

E o que ela, a EC 3/93, fez, neste exato ponto (do § 3º)? Introduziu - no âmbito justamente da norma constitucional tributária do ICMS - a imunidade tributária não de "serviços de comunicação", mas de "operações relativas a serviços de telecomunicações".

Parece-nos, aí, sinal claro, evidente, de que, passados cinco anos - outra pequena eternidade em termos tecnológicos - entre a edição do Texto Constitucional e a da EC 03/93, assenhorou-se o Constituinte editor desta última dos detalhes do novo fenômeno (já então perfeitamente compreendido quanto a "operações de telecomunicações", e não mais quanto a "serviços de comunicação", compreensão advinda do implemento, já àquela época, de um qüinqüênio de modernas atividades telecomunicativas) para dar-lhe, por redação nova de apenas um dos parágrafos do *caput* do dispositivo definidor da incidência, imunidade, ou intangibilidade, constitucional tributária.

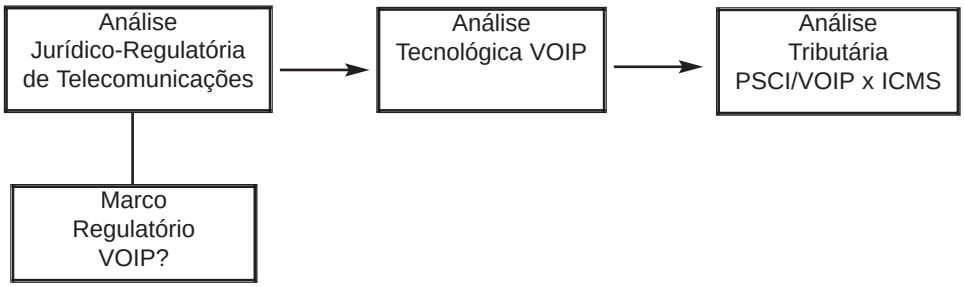
Tratando da incidência (sobre a atividade), definiu a EC 3/93, portanto, o âmbito da não-incidência (para a mesma atividade).

*Não nos parece possível, por isso, diferenciar-se, à luz da própria Constituição Federal, quanto à incidência - ou não-incidência - do ICMS, "serviços de comunicação" (do* caput *do art. 155/CF) de "operações de telecomunicações" (do § 3º, do mesmo art. 155/CF).*

*Quer-nos parecer,* a contrario sensu*, que a extensão semântica dos termos "comunicação" e "telecomunicações", que passaram, a partir da EC 03/93, a conviver sob mesma disciplina (a do* caput *do art. 155/CF), há de ser única em relação a efeitos tributários programados pelo mesmo dispositivo do art. 155, pena de se cogitar, diferenciadamente, de atividades geradoras de incidência e de imunidade, tratadas, ambas, sob mesma rubrica constitucional, e, ambas, claramente alinhadas em termos de identificação semântico-operacional. Terá a CF - de 1988 - desejado incidência do ICMS sobre certa modalidade de "serviços de comunicação" em diferenciação com a modalidade - desejada pelo Constituinte de 1993 - definida por "operações relativas a telecomunicações"?*

*Uma, a primeira, antiga, seria diversa da outra, posterior, moderna, ambas inseridas, todavia, num mesmo dispositivo da Constituição e geradoras, cada uma, de opostas repercussões: a incidência e a imunidade? Não. Pensamos que "serviços de comunicação" (do* caput *do art. 155) e "operações relativas a telecomunicações" (do § 3º, do mesmo art. 155) constituem, rigorosamente, mesma atividade material, apenas sujeita, em certa medida, à incidência (do ICMS) e, noutra, à imunidade constitucional. Por essa razão jurídica, quer-nos parecer que a atividade do denominado "Provedor de Acesso" - à Internet - haverá de ser aferida, no nível infra-constitucional (no qual se encontrará a norma legal que o instituiu como tal), sempre como atividade integrada ao conceito que recebe origem constitucional superior, de "comunicação/telecomunicação", ao qual, como se viu na análise técnica do fenômeno, limita-se a apenas agregar valor*."

Para busca de resposta sustentável, prosseguiremos na análise, subdividindo-a, agora, nos tópicos seguintes:




**5. Análise jurídico-regulatória**

Um primeiro ponto de relevo no exame da questão deverá ser o da identificação da existência, ou não, de marco regulatório brasileiro sobre VoIP, isto é, a presença, no ordenamento jurídico nacional, de disposição legal expressa ou específica, ou normativa regulamentar, que delimite a prática e suas exigências técnicas.

Não se pode avançar na pesquisa sem a conferência de certos princípios da LGT (Lei Geral de Telecomunicações - Lei 9.472/97), dentre os quais os seguintes:

> Art. 1º Compete à União, por intermédio do órgão regulador (...) organizar a exploração *dos serviços* de telecomunicações.
> Parágrafo único - A organização inclui (...) o disciplinamento (...) *dos serviços* e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações (...).
> Art. 2º O Poder Público tem o dever de:
> (...)
> II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;
> III - adotar medidas que promovam a (...) diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários.
> (...)
> Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:
> I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;
> (...)
> Art. 19. À Agência compete (...) especialmente:
> (...)
> IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição *dos serviços* de telecomunicações no regime público;
> (...)
> X - expedir normas sobre prestação *de serviços* de telecomunicações no regime privado;
> (...)
> XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade. (...) entre as redes (...);
> Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.
> (...)
> Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte (...), novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.
> § 1º - Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte (...).

§ 2º - É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência (...) regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.
(...)
Art. 69. A*s modalidades de serviço serão definidas pela Agência em função de sua finalidade*, âmbito de prestação, *forma, meio de transmissão, tecnologia empregada e outros atributos*.
Parágrafo único - *Forma de telecomunicação é o modo específico de transmitir informação, decorrente de características particulares de transdução, de transmissão, de apresentação da informação ou de combinação destas, considerando-se formas de telecomunicação, entre outras, a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens.*[14]
(...)
TÍTULO IV - DAS REDES DE TELECOMUNICAÇÕES
Art. 145. A implantação e o funcionamento de redes de telecomunicações destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo, no regime público ou privado, observarão o disposto neste Título.
(...)
Art. 146. As redes são organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:
(...)
II - deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;

Desses comandos - todos de alcance materialmente complementar, ou integrativo, do princípio constitucional editado pela EC 08/95, que deliberou alterar o inciso XI do art. 21/CF, estatuindo a prestação executiva delegada de serviços de telecomunicações - obtém-se a certeza de que:

a) É exclusiva da *União* a competência normativa administrativa para a *instituição* e disciplinamento de serviços de telecomunicações (serviços sujeitos, portanto, a *instituição formal* - em razão da necessidade de que a administração atue, sempre, *secundum legem*, formalização que realiza o princípio constitucional, da publicidade dos atos administrativos);

b) A agência reguladora (Anatel) não recebe da LGT incumbência de disciplinamento da FORMA por que se dará a prestação executiva dos serviços de telecomunicações - isto é, aplicações e tecnologias empregáveis nesses serviços (podendo-se dizer que a "forma integra o serviço, o serviço abrange a forma, mas a forma não é, em si ou por si, o serviço". Do contrário, instituição meramente formal de um serviço engessaria a possibilidade de sua inovação tecnológica por adoção de forma diversa ou posterior);

c) A instituição do serviço de telecomunicações não é, então, no Brasil, *material*. É *formal-material*, pois requer edição de ato administrativo instituidor + ato *formal*/delegação + ato *material*/prestação;

d) A partir do novo modelo/1998, a União instituiu serviços focados em tecnologias (criou/instituiu *serviços*, com poucas aplicações). A partir de agora, em razão de tecnologias que convergem para meios físicos comuns (mídias únicas que abrigarão várias tecnologias), o foco regulatório mundial se volta para as *aplicações* (instituição de menos serviços, com maior número de aplicações,[15] a requerer, do intérprete, adaptação conceptiva, que o habilite a considerar a aplicação, a tecnologia, como essência do serviço, e não o serviço formalizado, instituído, como veículo delimitador da aplicação);

---

[14] Dicionário Aurélio: "transdução/transdutor é qualquer dispositivo capaz de transformar um tipo de sinal em outro tipo, com o objetivo de transformar uma forma de energia em outra, possibilitar o controle de um processo ou fenômeno, realizar uma medição, etc.".
[15] Neste sentido, apresentação oficial da Anatel, feita pelo Dr. Jarbas José Valente - Superintendente de Serviços Privados - Anatel, no site http://www.anatl.gov.br/acontece_anatel/palestras/VOIP_UnB.pdf

e) Cabe à Anatel a disciplina normativa do relacionamento entre os PSCIs, empresas titulares de redes de transporte dos sinais de telecomunicações (dos *backbones*), e usuários dos serviços prestados pelos provedores.

Quanto a este último relacionamento: PSCI/*incumbents*/usuários, importa saber o que terá feito a Anatel.

A agência recepcionou - face ao disposto no art. 61, § 2º, da Lei 9.472/97 - a "Norma 04/1995" (Portaria 148/95), editada pelo Ministério das Comunicações. Estabelece ela:

> 1 - OBJETIVO - Esta Norma tem como objetivo regular o uso de meios da Rede Pública de Telecomunicações para o provimento e utilização de Serviços de Conexão à Internet.
> 2 - CAMPO DE APLICAÇÃO - Esta Norma se aplica:
> a. Às Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações (EESPT) no provimento de meios da Rede Pública de Telecomunicações a Provedores e Usuários de Serviços de Conexão à Internet.
> b. Aos Provedores e Usuários de Serviços de Conexão à Internet na utilização dos meios da Rede Pública de Telecomunicações.
> 3 - DEFINIÇÕES - Para fins desta Norma são adotadas as definições (...) seguintes:
> a. Internet: nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o *software* e os dados contidos nestes computadores;
> b. Serviço de Valor Adicionado: serviço que acrescenta a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações.
> c. Serviço de Conexão à Internet (SCI): nome genérico que designa Serviço de Valor Adicionado que possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações.
> d. Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI): entidade que presta o Serviço de Conexão à Internet.
> (...)
> h. Ponto de Conexão à Internet: ponto através do qual o SCI se conecta à Internet.
> 4 - SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET
> 4.1 - Para efeito desta Norma, considera-se que o Serviço de Conexão à Internet constitui-se:
> a. Dos equipamentos necessários aos processos de roteamento, armazenamento e encaminhamento de informações, e dos *softwares* e *hardwares* necessários para o provedor implementar os protocolos da Internet e gerenciar e administrar o serviço;
> (...)
> c. Dos *softwares* dispostos pelo PSCI: aplicativos tais como - correio eletrônico, acesso a computadores remotos, transferência de arquivos, acesso a banco de dados, acesso a diretórios, e outros correlatos - mecanismos de controle e segurança, e outros.
> (...)
> f. Outros *hardwares* e *softwares* utilizados pelo PSCI.
> (...)
> 5 - USO DE MEIOS DA REDE PÚBLICA DE TELECOMUNICAÇÕES POR PROVEDORES E USUÁRIOS DE SERVIÇOS DE CONEXÃO À INTERNET
> (...)
> 5.2 - O Provedor de Serviço de Conexão à Internet pode, para constituir seu serviço, utilizar a seu critério e escolha quaisquer dos Serviços de Telecomunicações prestados pelas EESPT.
> (...)
> 5.5 - É facultado ao Usuário de Serviço de Conexão à Internet o acesso ao SCI por quaisquer meios da Rede Pública de Telecomunicações à sua disposição.

Complementarmente, a Anatel editou, ainda, a Resolução 190/99/Anatel, no sentido de afirmar que:

> Art. 8º
> (...)
> IX - Provedor de SVA: é a pessoa natural ou jurídica que provê *serviço de valor adicionado*, em redes de serviços de telecomunicações, sendo responsável pelo serviço perante seus assinantes;

Erguidos esses disciplinamentos sobre os PSCI-Provedores de Acesso à Internet, a agência, recentemente (em 09.11.2005), posicionou-se sobre VoIP, não o fazendo, entretanto, e compreensivelmente, pela normatização específica - pois que a considera aplicação/tecnologia, e, não, serviço, a exigir disciplina por regulamento. Editou, para tanto, "Comunicado à Imprensa",[16] que contém, dentre outros, a mensagem:

> Anatel esclarece uso de VoIP para oferta de serviço de voz. Brasília, 9 de novembro de 2005: *VoIP não é serviço, mas sim uma tecnologia, e, como Órgão Regulador, a Anatel tem por diretriz não regulamentar tecnologias utilizadas na prestação de serviço*.

Retomando os demais detalhes lançados na apresentação feita pela agência sobre VoIP,[17] obtém-se o posicionamento atual da Anatel em toda a sua extensão sobre o que a mesma agência reconhece não constituir mais que "...uma tecnologia...". São estes os pontos destacados pela Anatel sobre VoIP:

* A Anatel limita-se, por ora, a monitorar a evolução de VoIP no Brasil (que não está disciplinada, portanto);

* A Anatel analisa os efeitos, apenas, de VoIP na competição de telefonia, em seu segmento local - ou seja, entre as *incumbents* e os novos prestadores de VoIP -, monitorando o impacto da nova tecnologia nos serviços prestados por operadores do STFC (serviços telefônicos fixos-comutados), e também por prestadores de telefonia em LD (longa distância);

* A Anatel analisa, por enquanto, a possibilidade de adoção do atual SCM - Serviço de Comunicação Multimídia como possível, eventual, serviço futuro formal de provimento da tecnologia de VoIP;[18]

* A Anatel proclama foco da regulação: a inovação tecnológica (sem regulamentação rígida, com preservação do espírito inovador da Internet, ou das redes IP). Este deverá conduzir o "mundo novo" da regulamentação brasileira;

* A Anatel estatui convicção de que tecnologias - e plataformas (telemáticas, computacionais) - devem ser neutras frente a serviços formalmente instituídos, isto é, as inovações podem ser implementadas e praticadas nos serviços já formalmente existentes;

---

16 Que poderá ser conferido no site da Anatel: =/biblioteca/releases/2005/release_09_11_2005ad(1).pdf

17 Referenciada em nota anterior. Autor: Dr. Jarbas José Valente - Superintendente de Serviços Privados - Anatel, site http://www.anatl.gov.br/acontece_anatel/palestras/VOIP_UnB.pdf

18 Cabe-nos uma ressalva de posicionamento pessoal contrário a essa orientação, pois que não consideramos, *maxima venia*, possível, juridicamente, no estágio atual da norma regulamentar dos SCM - Serviços de Comunicações Multimídia, inserção ou capitulação de VoIP como serviço formal-multimídia, já que, nos termos do art. 66, da própria Res. 272/2001-Anatel - que disciplina os SCM - faz-se proibida toda e qualquer transmissão de sinais de voz, por redes multimídia dos SCM, quando começadas e terminadas as respectivas conexões em redes de telefonia pública (sabendo-se, como se sabe, da possibilidade de utilização, em VoIP, de redes IP para o carregamento do tráfego dos sinais da voz em conexões iniciadas e terminadas em redes públicas de telefonia). Além disso, o SCM constitui serviço fixo de telecomunicações, aspecto ou característica formal que retira, do mesmo, aptidão para suporte de terminação de conexões IP em redes da telefonia móvel (sabendo-se, como também se sabe, da possibilidade de conexão, em VoIP, das redes IP com as redes de telefonia móvel que integram o SMC - Serviço Móvel Celular ou SMP - Serviço Móvel Pessoal).
O art. 66 da Res. 272/2001:
"Art. 66. Na prestação do SCM não é permitida a oferta de serviço com as características do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC), em especial o encaminhamento de tráfego telefônico por meio da rede de SCM simultaneamente originado e terminado nas redes do STFC".

* A Anatel, por último, prevê o que se considera, na atualidade, provisão ubíqua de serviços de telecomunicações, isto é, cujas tecnologias vão-se tornando convergentes, e agregadas, ou agregáveis, a unificados meios de prestação.

Neste particular, a regulação brasileira, com a cautela de não haver instituído VoIP como serviço formal de telecomunicações, e de tê-la considerado, até aqui, *approach* tecnológico, não destoa do que se promove, na atualidade, no âmbito também da UE - União Européia e dos EUA,[19] onde, com igual cautela e consideração pela realidade, aguarda-se, primeiro, que a tecnologia solidifique visão mais acurada dos impactos econômicos concorrenciais tecnológicos que possa produzir, antes de formal regulamentação.

Está-se diante, portanto, de uma *specie* de "laboratório analítico" da aplicação, em antecedência a formal normatização, numa mostra de que, antes de regular a inovação, convém experimentá-la, como etapa de evolução tecnológica.

O contrário equivale a precipitação normativa, que só tende à produção de instabilidades regulamentares, que, por sua vez, fomentam a insegurança jurídica, dada a sazonalidade que provocam, traço, inclusive, de sistemas jurídicos normatizados, cuja cultura tem-se fixado na edição da "lei formal" como meio indutor de mudanças, e, não, na interpretação e aplicação integracionistas da norma já editada à realidade.

Em suma, analisadas a disciplina regulamentar e a posição oficial atual emitida pela agência reguladora brasileira quanto à tecnologia VoIP, extraem-se conclusões que podem ser assim sintetizadas:

a) A agência disciplina, na "Norma 04/95", todo o relacionamento ISP-PSCI com *incumbents* e usuários. É esta, então, a norma-guia *única atual* do provimento de acesso à Internet;

b) O conceito normativo de Internet, no Brasil, abrange o acervo tecnológico destinado ao uso da rede mundial: *hardwares* e *softwares* da conexão e *hardwares* e *softwares* do acesso;

c) A norma distingue a atuação do agregador de valor às redes de transmissão (o PSCI), considerando-o prestador de serviço civil comum - SVA - Serviço de Valor Adicionado - separando-o da atividade técnica dos transportadores de tráfego (por *backbones*);

d) A norma autoriza o prestador de SVA (como o PSCI) a usar possibilidade tecnológica - *hardwares* (inclusive de roteamento/*gateways* e computadores-servidores) e *softwares* inespecíficos - para o processamento do acesso e para o provimento de informação;

e) A Norma/Anatel permite ao SVA emprego de novos *softwares* de otimização da transmissão da informação, ou emprego de nova tecnologia destinada ao gerenciamento dos protocolos de encapsulamento IP e da conexão PC-cliente/PC-Servidor/PSCI;

f) A Norma não restringe as aplicações do SVA/PSCI a tecnologias pré-fixas, que podem evoluir;

g) Não é a aplicação ou a tecnologia que qualificará ou desqualificará o PSCI, mas, a prática, não-suscetível de delegação pelo Poder Público, de suas atividades *materiais* que agreguem valor a redes delegadas a terceiros;

---

[19] Nos EUA, a FCC (Federal Communications Commission) examina, também, a tecnologia VoIP como possível - mas ainda não normatizado - serviço típico de telecomunicações, a ser instituído formalmente pelo órgão regulador, o mesmo ocorrendo no âmbito da UE.

h) Inexiste norma - legal ou administrativa - que imponha, ao prestador de acesso à Internet (ou de VoIP), encargos da delegação formal dos serviços de telecomunicações (os quais não podem ser informalmente atribuídos ou exigidos a não-praticantes de telecomunicações);[20]

i) O provimento do acesso e de VoIP constitui, por enquanto, no Brasil, atividade privada, não-sujeita a disciplina ou a regulação estatal, ou a regulamentação fora da Norma 04/95-Anatel, caracterizando-se seu prestador como usuário de redes sujeitas a operação delegada;

j) Não há imposição formal que atribua ao PSCI licenciamento de serviço de telecomunicações (SCM, STFC, SRTT) para que possa prestar atividades da tecnologia VoIP, a transformá-lo em delegatário paralelo de serviços típicos;[21]

l) VoIP, no Brasil, não está proibida, não está definida em lei ou norma; constitui, portanto, aplicação/tecnologia inovadora.

**6. Análise tecnológica**

Resta conhecer VoIP, em sua estrutura tecnológica.

Mas, como dito no início, achando-se empregada a tecnologia, na atualidade, a serviços de acesso à Internet, ofertada, como vem sendo, como "produto" agregado do acesso - por prestadores que, diga-se uma vez mais, foram considerados, pelo STJ, não praticantes de qualquer fato gerador do ICMS - convém que, antes do detalhamento técnico, faça-se uma breve incursão na operação em si dos PSCI.

O que significa prover acesso à Internet, o que fazem os PSCI, do ponto de vista técnico, e, finalmente, o que terão agregado em atividades com inserção e oferta de VoIP, são indagações conexas com o exame em curso.

Breve histórico técnico da formação da Internet se faz necessário.

Com a edição, em 1977, do "Protocolo Unificado" - a formatação de programa computacional (não-proprietário - um *freeware) denominado TCP/IP - que seria instalado nos computadores-integrantes de cada rede jungida à estrutura mundial, e em hardwares que representam os elementos físicos-nós de integração destas redes, criou-se a "linguagem" lógica universal que viabilizou a universal "comunicação entre máquinas".*

Trata-se do "protocolo IP". A sua lógica está na unificação de dados de outros programas/protocolos individuais de cada rede interconectada e na resultante, que permitiu, de unificação destas redes sob única topologia (a topologia universal, derivada da somatória das redes que usam, no processamento/endereçamento de suas informações-sinais, o protocolo comum - IP).

---

[20] Tais como:
• Dever de completamento das conexões processadas (as conexões não são concluídas, fisicamente, pelo PSCI, mas por titulares operadores de redes alheias a seu domínio e controle);
• Universalização, Numeração (CSP), interconexão, fornecimento de terminais (e de listagem de assinantes, etc.);
• Limitação geográfica (nacional-regional-local) para a prestação;
• Observância de parâmetros especiais de competitividade (preços públicos, ou preços controlados, por ex.)
• Tributação especial finalística (CIDES/FUST-Funttel, TFF, TFI), exclusiva da prestação que envolva titularidade de serviços e elementos das redes de telecomunicações.

[21] Posições divergentes desta estão registradas nos trabalhos: posição contrária defendida pela dra. Nurimar Del Cioppo Elias, em seu "SCM - Conceitos, Conflitos e sua Aplicação para VoIP", no qual afirma a necessidade de licenciamento concomitante de SCM; pela dra. Silvia Regina Barbuy Melchior, "VoIP e sua Inserção no Ambiente Regulatório Hoje", que acentua a necessidade de estar a atividade de VoIP, que seria típica de telecomunicações, regulamentada como serviço de telecom; pelo dr. Demócrito Reinaldo Filho, "Aspectos Jurídicos da VoIP" - que acentua a equivalência de VoIP com telefonia, a sujeitá-la a condicionamentos respectivos, da Anatel.

A *ratio* do programa TCP/IP é a "inteligência" computacional voltada para o chaveamento de pacotes de informação, os quais são "disparados" em partes, ou, divididos em "rajadas" (de bits) eletrônicas, e "viajam" na *web* - a informação não é continuamente emitida (como ocorre na comutação telefônica clássica, por circuitos); é seccionada em "partes"; estas "partes" não ocupam canais ("espaços" físicos) dedicados das redes, pois são roteadas dinamicamente pelos elementos-nós (pelos *hardwares* denominados roteadores, nos quais instalados também o programa TCP/IP).

Assim, as mensagens (as "partes" da informação), codificadas (pelos bits que picotam a corrente elétrica do circuito), vão sendo comutadas (trocadas e re-direcionadas) à medida que "disparadas" pelos computadores a cada nó (roteador) de cada rede.

"Viajam", desse modo, comandadas/encapsuladas, logicamente, por códigos de endereçamento (os chamados *IP address*), estes definidos pelo programa/"linguagem" TCP/IP - endereços são expressões nominais de equivalência dos destinos com números identificadores de cada rede ligada à Internet (números IP são os formados por combinações diversas, de quatro octetos de algarismos binários no total, equivalentes, assim, a 32 bits).

O TCP/IP promove a codificação lógica universal - o *encoding* - da informação, e permite, no destino, sua universal decodificação (o *decoding*). Assegura, assim, o conhecimento e o reconhecimento das emissões, atuando na "elevação" do sinal de transmissão a nós físicos das redes interconectadas.

Para essa finalidade, o programa TCP/IP estará instalado em cada máquina - em cada computador integrado às redes - e será por intermédio dele que a numeração individual dos computadores (constantes de suas respectivas "placas de rede" - ou "placa MAC", ou MAC *Adress*)[22] poderá ser adicionada a cada informação.

Dinamicamente, o computador-servidor da rede (que poderá, ou não, estar instalado em serviço autônomo, inconfundível com a própria rede de transmissão - isto é, o computador-servidor poderá integrar serviço profissional de provimento do acesso à Internet) terá, juntamente com o TCP/IP, dois outros programas/*softwares*, que atuarão em conjunto com o último.

São: o programa DHCP - *Dynamic Host Configuration Protocol* - que se destina a reconhecer, dinamicamente, os sinais contendo os endereços de origem e destino dos computadores de cada usuário da rede (os MAC *Adress*) - e o programa DNS - *Domain Name System* - cuja função é a de catalogar e atualizar tabelas de conversão dos endereços nominais de cada rede (os conhecidos endereços "www", ou *world wide web*) em números IP.

O DHCP e o DNS somam-se, assim, ao TCP/IP para, em conjunto, servirem como programas destinados à recepção, reconhecimento, conversão (de nomes "www" em números identificadores de cada destino das informações), e transmissão das informações.

Logo, um determinado serviço PSCI terá resumida sua estrutura física - para oferta do acesso/Internet - aos elementos físicos (*hardwares*) e programas lógicos (*softwares*) seguintes:

• Computador-Servidor (o *hardware*) no qual instalado o (*software*) DHCP (além do TCP/IP)

• Computador-Servidor (o *hardware*) no qual instalado o (*software*) DNS

• *Gateway*-roteador (*hardware*) no qual instalado o *software* contendo Tabela de endereçamentos IP (o programa TCP/IP), para que a informação siga ao destino

[22] MAC - *Médium Access Control* ou *Message Authentication Code*.

• Linha-canal (contratado a terceiro) habilitada para o tráfego de dados (viabiliza a “passagem” dos pacotes IP, do Cliente ao PSCI, e do PSCI a outros níveis de redes).

De se anotar que, a partir do acionamento do *gateway* (do roteador - que pode ser ou não do PSCI, ou por este locado a terceiros) o sinal de conexão “sai”, integralmente, da estrutura física do PSCI, “deixando” o nível de seus computadores e *softwares* (DHCP, DNS, TCP/IP) para concluir-se através do tráfego pela rede alheia, à qual o PSCI limita-se a “entregar” o sinal (encapsulado pelo IP/destino) recebido do cliente.

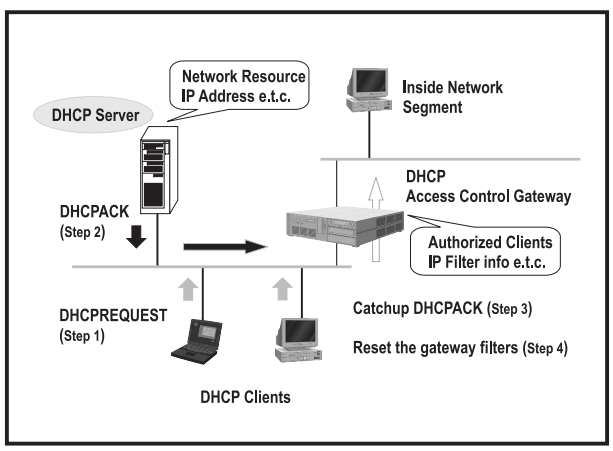
Pode ser assim resumida esta dinâmica comunicativa provedor-cliente:

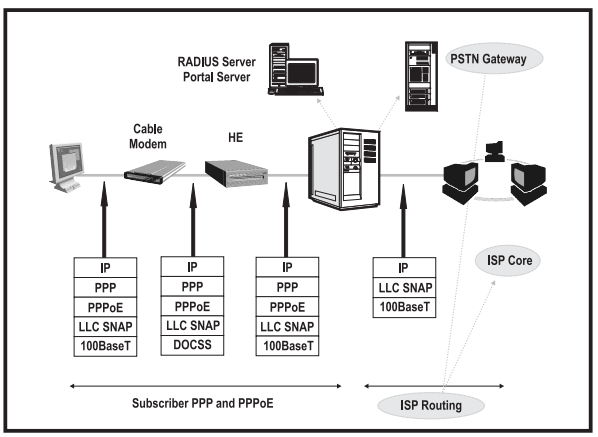
A “Conversa” de Máquinas (4 passos):
• Usuário - via *modem* - envia à rede, dados de seu MAC-*adress*.
• O envio constitui uma requisição DHCP-*discover* (1º passo).
• Servidor atende via DHCP-*Offer* (2º passo).
• Cliente - com o *modem* alinhado com o Servidor e com a sua placa de rede (usando informações do protocolo TCP/IP) - emite sinal DHCP-*request* (3º passo).
• Servidor retorna resposta DHCP-*pack*, contendo o endereço IP (usualmente máscara de sub-rede, para uso temporário e dinâmico - 4º passo; a navegação tem início, passando a ser gerida pelo TCP/IP e pelos servidores DNS, que identificam os nomes de domínio “www” com números de IP).
• Nesse instante, as mensagens encapsuladas IP “saem” dos computadores-servidores dos PSCI e vão diretamente aos *gateways* (aos *hardwares*-roteadores), de onde seguem para outros níveis físicos da rede, que não integram o patrimônio ou a atividade do PSCI.

Por isso, a conexão Internet, em sua terminação ou conclusão final, ou na entrega da informação/sinal ao destino, não ocorre pela ação física direta do PSCI, sendo-lhe alheia no aspecto material-físico-telemático-computacional.

Nisso, o acerto - em seu alcance telemático - da conclusão a que chegou o eg. STJ, ao estatuir não ser o PSCI implementador de serviços de telecomunicações, já que, na realidade, ao prover acesso à Internet, não mais faz que usar, para o recebimento dos sinais de requisição (da conexão), vindos de seus clientes, e para a conclusão da transmissão pedida por esses, estrutura de redes completamente alheia e apenas locada aos verdadeiros e formais prestadores dos serviços de telecomunicações.

Os esquemas gráficos seguintes auxiliam a compreensão dessa sistemática (os quatro passos da conexão/acesso Internet).



Mas o que ocorre com a dinâmica quando se agrega a ela o conceito, ou a tecnologia, da telefonia IP - ou, especificamente, VoIP?

Para responder, convém saber, antes, o que significa a expressão VoIP.

Conceitualmente, a FCC americana a define:

> Tecnologias VoIP incluem aquelas utilizadas para facilitar a telefonia IP, que permitem a transmissão da voz em tempo real e outras aplicações baseadas no uso da voz. *Tecnologia VoIP é utilizada quando, numa comunicação de voz, pelo menos uma parte do percurso desta comunicação é feita por pacotes IP, utilizando tecnologia IP e redes IP. Pode-se prover VoIP sobre Internet pública (aberta) ou sobre redes privadas IP*. VoIP pode ser transmitida utilizando qualquer tipo de meio (ex. cobre, cabo, fibra, radiofreqüência, etc.).[23]

VoIP constitui, assim, a transposição do sinal de voz, das redes convencionais de telefonia - ATM -, para redes IP.

Tecnicamente, é a "passagem" do sinal de voz não só pelas redes comutadas "por circuitos" (as RTPC - Redes Telefônicas Públicas Comutadas, ou, na sigla estrangeira de origem, as *PSTN - Public Switched Telephone Network*), mas, também - ou exclusivamente - por redes (IP), em que a comutação se faz "por pacotes" (de bits).

Afasta-se a necessidade, em conexões (por voz), da ocupação de convencionais canais (dedicados) para a conversação, pois esta se habilitará pelo roteamento dinâmico de pacotes de bits em que se transformam e "picotam" os sinais (contendo os dados multimídia) da voz.

Quanto às modalidades de VoIP, pode-se elencar:

1 - A Comunicação (IP) Computador-Computador (conhecida como "*Peer-to-Peer*\P2P")

2 - A Comunicação Computador-Telefone Convencional fixo ou móvel (IP + PSTN).[24]

Quanto à tecnologia que permitiu a transposição dos sinais de voz, do ambiente cativo das redes comutadas "por circuitos" (PSTN) para o das redes "de pacotes" (IP), deve-se esclarecer que o fenômeno só se tornou possível diante da edição de uma certa interface tecnológica. Esta surgiu após evolutiva criação de novo protocolo - novo *software* - que permitiu que o sinal de voz (digitalizado) pudesse "saltar" das redes PSTN e "passar" para redes IP, e vice-versa, sem que a conexão por voz sofresse, com isso, secção na terminação ou perda de qualidade.

A criação desses novos protocolos de rede - que, a exemplo do programa computacional universal da Internet (o TCP/IP), pudessem unificar "linguagens" diversas de tráfego, de modo a permitir que o sinal não se descontinuasse na sua passagem por redes distintas - foi a solução buscada pela engenharia.

---

[23] Tradução - FCC; 2004; p. 2-3 - Ariano Gonçalves de Pinho e José Rogério Vargens, *Desregulamentação do VoIP* - Teleco-http://www.teleco.com.br/)

[24] Admite-se, ainda, dentro do mesmo conceito VoIP, a conexão de telefones fixos ou móveis convencionais entre si, através do uso, para exclusivo transporte dos sinais de voz, de rede IP. Não cuidaremos desta hipótese na análise presente, que se propõe a examinar tão-só a conexão VoIP intermediada por PSCI, a fim de sabê-la tributável, ou não, pelo ICMS, hipótese, portanto, que afasta aquela outra, diante da exclusão do PSCI em conexões telefônicas puras, isto é, nas realizadas diretamente entre redes telefônicas PSTN, sem a necessidade do provimento do acesso à rede IP.

Seguindo a tradição - da definição dos padrões técnicos (conhecidos como RFCs - *Requests For Comments*) da engenharia da telefonia, pela ITU; e da Internet, pela IETF - dois novos *softwares* terminaram por se consagrar como a "linguagem" universal da interface entre as redes clássicas de telefonia e aquelas por onde trafegam sinais Internet. São eles:

a) H.323 (ITU-T)

b) SIP - *Session Initiation Protocol* (IETF)

O que "fazem" esses novos *softwares*, ou programas computacionais? Eles permitem ubiqüidade do tráfego para os sinais de voz, isto é, o trânsito dos sinais de voz sem perda de qualidade e sem risco de interrupção (com sinalização, voz audível, estabilidade da conexão, chamada em espera, monitorização do uso, *billing,*[25] etc.), por ambas as redes, interconectadas: rede IP e rede ATM-PSTN.

Para isso, os dois *softwares* - dentre os quais, diga-se, o último (o SIP) vem ganhando escala de utilização, pois sucessor do primeiro, e por isso menos complexo para aplicações de voz - atuam *sobre*, e, não, sob, o protocolo IP, razão de se nominar, resumidamente, a inovação *Voice over Internet Protocol*, o que significa que tanto o novo programa "H.323" quanto o SIP contêm e absorvem os dados do TCP/IP que se destinam ao tráfego multimídia.

Isto faz com que o TCP/IP se submeta, no que concerne aos sinais eletrônicos da voz, a regras, comandos, e gerenciamento determinados, agora, pelo H.323 ou pelo SIP, lembrando, aqui, que o TCP/IP foi, até então, o programa de gerenciamento de tráfego de sinais de redes que se fez mais amplo, ou, "mais alto", absorvendo todos os demais e, com isso, permitindo que as mais diversas redes de computadores fossem interconectadas, ou conectadas entre si, a partir de qualquer posição geográfica (fenômeno a que se atribuiu o *nomen* de Internet, ou de "teia mundial de computadores").

Os dois protocolos novos, ou, posteriores ao TCP/IP, reconhecem, então, os sinais de voz de qualquer origem - seja quando começados em redes telefônicas convencionais, seja quando originados em redes IP - e os "transformam" e transportam para redes de destino, quaisquer que sejam estas, promovendo e garantindo, em qualquer delas, a necessária interface tecnológica mediante atendimento de requisitos técnicos básicos destinados à qualidade exigida para a voz.[26]

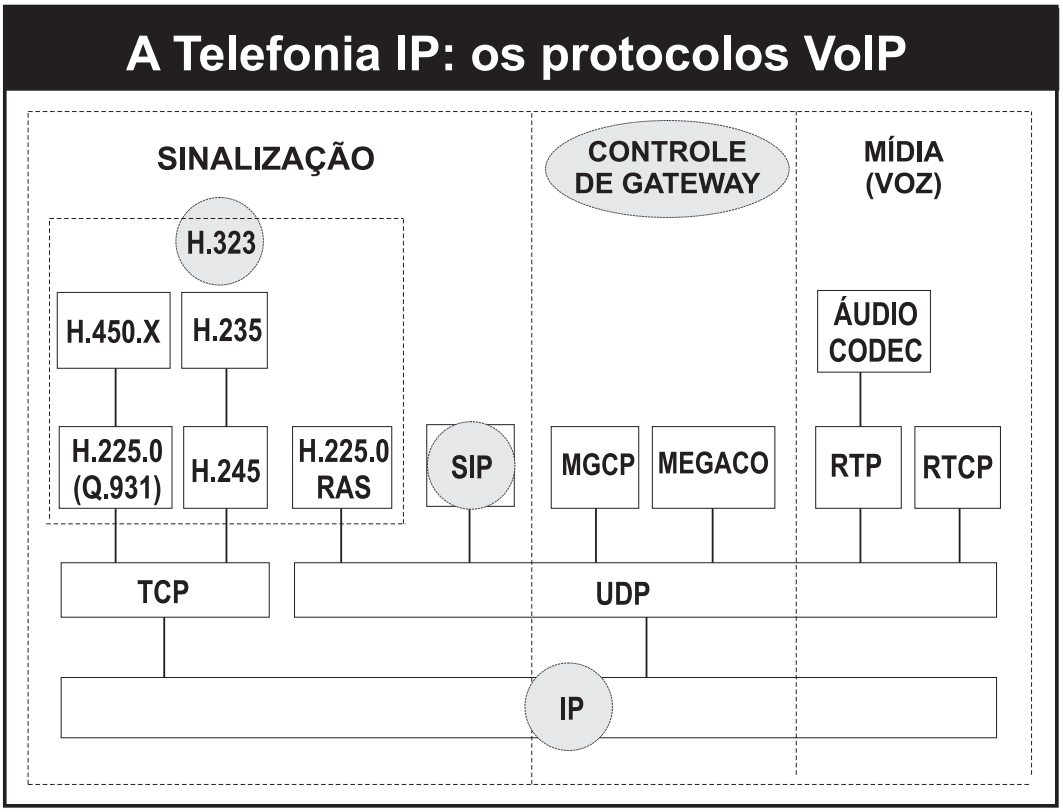
A seguir, quadro demonstrativo da "superioridade" - ou do nível de hierarquia tecnológica - dos novos programas (H.323 e SIP) frente ao TCP/IP, condição que os habilita à absorção dos encapsulamentos IP, especialmente à transformação do sinal puro convencional de voz em dado multimídia Internet, e vice-versa.

Não há dúvida, portanto, de que, do ponto de vista estritamente técnico - tecnologia de rede -, VoIP nada mais significa que a adoção, por parte daquele que provê o acesso à Internet ou à rede IP, de novos programas computacionais destinados ao gerenciamento do tráfego (H.323 ou SIP).

---

[25] Cobrança por tempo de uso da conexão terminada em redes de telefonia, cuja remuneração não se faz por tarifamento *flat* no Brasil, mas por demanda (tempo de consumo x custo/tempo).

[26] São esses requisitos:
1 - Sinalização e CODEC (codificação da voz para o *encoding\decoding* dentro do protocolo IP)
2 - *Call-Setup* (põem os computadores em conexão para transmissão de voz, ou 1 Computador + 1 telefone\STFC ou móvel)
3 - *Call-handling* (monitora a perda de chamadas - depois de começada a conexão por voz - chamada em espera, ambos em redes IP)
4 - *Call-termination* (encerra a conexão e desconecta os elementos da rede IP, conectada ou não com rede ATM-PSTN)
5 - Controle do *gateway* (roteador) de interface com a rede pública




A pura absorção e a instalação desses programas, somados aos primitivos já usados para a "conversa" destinada ao provimento do acesso - o DHCP, o DNS, o TCP/IP - não acresce, não altera, não reduz, por si, a estrutura ou a atividade do provedor de Internet.

Sendo ele titular de estrutura autônoma da rede - ou mero usuário desta, como praticante de SVA - Serviço de Valor Adicionado - a adição simples, de H.323 ou SIP, ao computador servidor no qual instalados os já conhecidos *softwares* "do acesso" (o TCP/IP, DNS, e o DHCP), não edita mais que inovação tecnológica, destinada à promoção de *plus* no acesso ou franquia para que o acesso à Internet conduza sinal (multimídia) de voz.

É só.

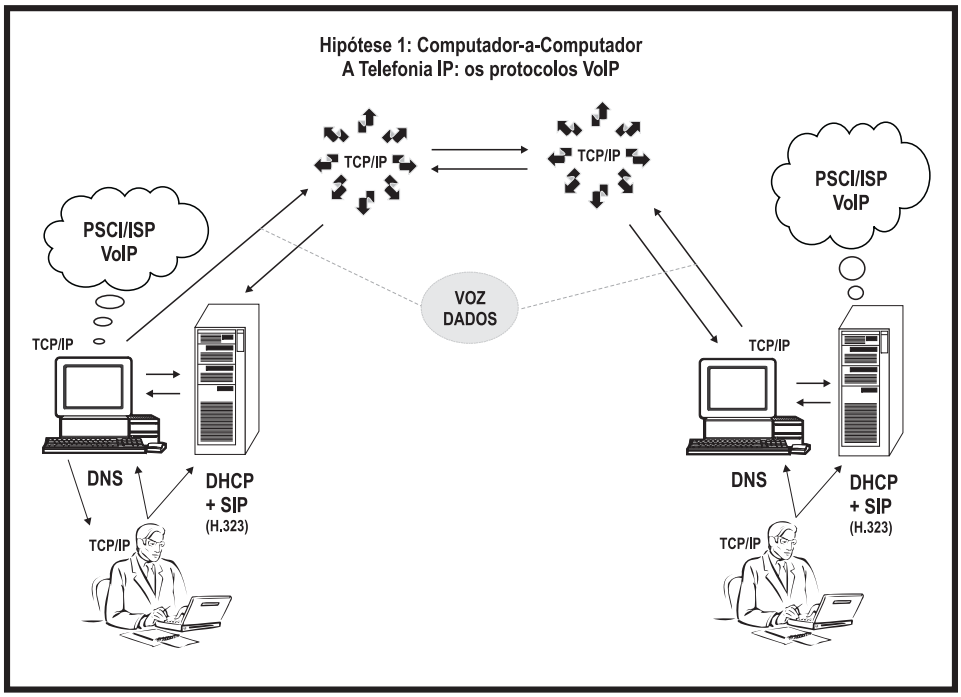
Não temos dúvida em afirmar, assim, que uma conexão, na modalidade "voz-sobre IP", quando feita entre microcomputadores conectados à rede mundial por protocolo TCP/IP não se diferencia, em absoluto, da conexão destas mesmas máquinas para tráfego de sinais outros, IP.

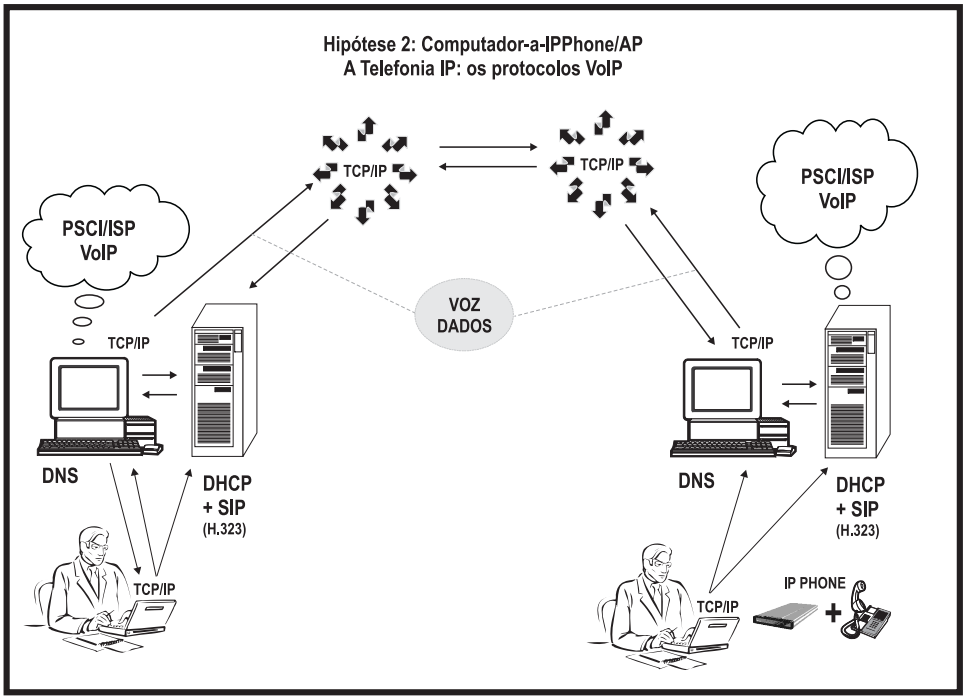
Noutro modo de dizer, VoIP, implementada por conexão de equipamentos integrados à rede IP - microcomputadores ou mesmo IP *phones* -,[27] ainda que usados, para a conexão, *softwares* "da voz" (H.323 ou SIP), não se descaracteriza, em nenhuma das fases da conexão (*encoding*, de iniciação, ou *decoding*, da terminação), como atividade típica do acesso à Internet, pois que, para ela, usados não mais que os *softwares* padrão do acesso à exclusiva rede IP (DHCP, DNS, TCP/IP).

27 IP *Phone* é o "telefone adaptado", ou o equipamento convencional destinado à telefonia, associado a um AP-*adapter*, isto é, a outro *hardware* que se incumbe de converter o sinal convencional da voz, emitido por aquele telefone, em dado multimídia IP (o AP aplica, ao sinal de voz, encapsulamento IP, com uso do programa TCP/IP), e vice-versa.

Abaixo, esquemas gráficos demonstrativos das conexões (por voz) sem a integração de redes públicas de telefonia em qualquer fase da transmissão/recepção do sinal:

Como se vê, o PSCI - titular da estrutura física destinada ao acesso à Internet (*hardwares* - computador servidores nos quais instalados os *softwares* DNS e DHCP) - não tem alterada aquela sua



antiga atividade, ou, a sua integração primitiva ao fenômeno do acesso à Internet, pela exclusiva adição/aquisição (gravação), em seus servidores, dos programas (ou, da inovadora aplicação) H.323 ou SIP, com os quais se limita a ofertar, aos clientes, possibilidade a mais, qual a da transmissão/recepção de novos sinais multimídia (os de voz "sobre a rede IP-Internet").

Hipótese que poderá suscitar alguma dúvida é apenas, nos parece, a que decorre do fato de a terminação/conclusão da conexão VoIP dar-se, não em rede IP, mas em rede convencional de telefonia (PSTN-fixa ou móvel).

Trata-se, aí, da hipótese em que a rede IP se interconecta com rede ATM, para que a voz trafegue de uma a outra, sem perda de qualidade.

Haverá, para isso, a necessidade de uma interface físico-lógica indispensável, isto é, um ponto, um "nó" - um roteador/*gateway* (*double-face*) - no qual o encapsulamento IP terminará ou se iniciará.

Noutro modo de dizer, haverá um *gateway*-roteador (um equipamento) - no qual estarão instalados programas de interface (o TCP/IP + SIP ou H.323 + protocolo da rede ATM) das duas rede, a fim de que as mesmas "se falem" e por elas o sinal da voz possa trafegar, sem ruptura ou perdas.

Nem assim, ou, nem por isso, haverá alteração física ou lógica da estrutura ou da atividade daquele que se limita a prover apenas o acesso à (alheia) rede IP - permitindo trafeguem por esta sinais multimídia da voz - e, a partir dela, contrate, ainda como usuário, a terminação do tráfego na (não menos alheia) rede ATM de telefonia.

É preciso, nesta hipótese, dividir a análise técnica em seções específicas, de modo se vislumbre, com clareza, onde começa e onde termina o tráfego IP, e onde se instala - e por que se instala - o tráfego ATM.

Este se instala somente a partir do acionamento do *gateway*-roteamento de interface (da rede IP com a rede telefônica convencional ATM), e assim ocorre para que o tráfego (da voz) naquele se complete, ou o inverso (que se inicie, convencionalmente, a conexão por voz em rede de telefonia, para terminar em rede IP).

Neste caso, não se pode atribuir ao PSCI, que promove, através de mera agregação, a sua estrutura, dos protocolos inovadores "da voz" (instalação e junção dos programas H.323 ou SIP aos antigos TCP/IP, DNS, e DHCP), o acesso à Internet e o trânsito inicial do sinal de voz, condição que não possui, qual a do gerenciamento e conclusão da conexão na rede pública de telefonia.

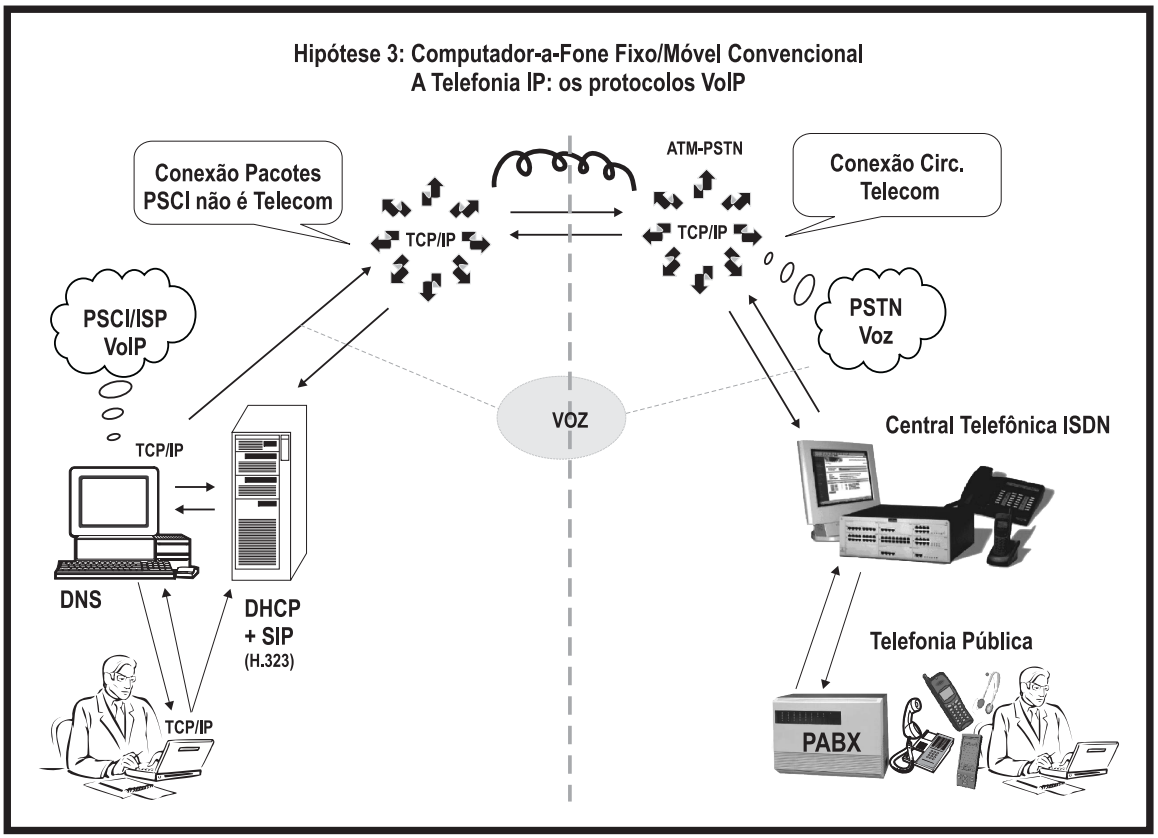
Com o demonstrativo gráfico seguinte, essas duas conexões - a iniciada em rede IP e, a partir do respectivo roteamento de interface, a iniciada, em continuação, em rede telefônica convencional - ficam mais facilmente vislumbradas.

Por elas, se autoriza a convicção de que

(i) o PSCI integra a conexão dentro da rede IP, à qual promove o acesso e a transmissão do sinal multimídia da voz, mas

(ii) não integra o restante fenômeno da conexão - que se faz tipicamente telefônica, para a qual dispensado acesso intermediado - iniciada esta última a partir do acionamento do *gateway* de interface das duas redes, destinado à terminação ou início nesta mesma rede telefônica.

Confira-se a hipótese:




De todos esses detalhes técnicos, podem ser fixadas as seguintes visões:

- O que informa tecnicamente a atividade de VoIP é a instalação, exclusiva, de novos protocolos de rede no computador-servidor/VoIP (novos *softwares*: o H.323 e o SIP).

- Esses novos protocolos instalam-se no computador-servidor do PSCI, ali atuando em conjunto com os demais *softwares* lá existentes (DNS e DHCP) e abrangendo o *software*-base da rede IP (TCP\IP) para comunicações de voz;

- Logo, o que se implementa, sob a sigla VoIP - *Voice over Internet Protocol*, é tecnologia e aplicação inovadoras em redes IP, conseguidas com a criação do novo *software* de rede;

- O PSCI não teve alteradas, pela instalação do inovador programa em seu servidor, sua dinâmica e sua posição na rede IP (como agregador de valor e como consumidor de serviços de transporte de telecomunicações);

- O *gateway* de interface - o roteador da rede - é que direciona o tráfego do sinal de comunicação (agora de voz) para outras estruturas que não se confundem com a do PSCI;

- Porque há a interface do tráfego IP da voz com a rede pública de telefonia - feita através do *gateway* de interface - somente a partir dela é que se cogita de ligação típica telefônica, sendo que quem solicita esta (ao prestador de PSTN\STFC ou móvel) é justamente o Provedor de VoIP (ou seu terceirizado), o que confirma que ele continua, também aí, a atuar como usuário desta última rede (telefônica). Não se transforma, por isso, em prestador de telefonia.

- Se houver parceria na prestação (VoIP = a ISP + Prestador\SCM), a convicção é a de que o dever de completamento da conexão se restringirá apenas ao Prestador de SCM, pois a sua delegação não se estende a não delegatários.

**7. Análise tributária**

Chega-se, enfim, ao ponto motivador do propósito inicial: definição tributária de VoIP e sua sujeição, ou não, à exação estadual, pelo ICMS.

Não se apresenta complexa, agora, a tarefa diante do esgotamento da pesquisa dos delimitadores do fato em si, pois, identificado, resta tão-só a questão de sua adequação à específica hipótese de incidência, porquanto os demais elementos do tributo não oferecem complexidade.

Para esta missão, optamos por alinhar conclusões finais, com as quais fixamos nossa posição sobre o referido aspecto tributário.

São elas:

1 - O Provedor de VoIP encontra-se, hoje, na exata posição fática técnica do PSCI, pelo que a atividade daquele se integra na deste, circunscrita a inovação, que sobrepõe uma à outra, à inserção, no computador servidor do último, de novo programa computacional destinado ao gerenciamento do tráfego do dado multimídia (da voz).

2 - Não é a atividade material, isoladamente, que configura a prestação do serviço de telecomunicações, mas sua adição a delegação formal, sem a qual se ausenta elemento definidor da exação pelo ICMS quanto a serviços de "comunicação\telecomunicações". Prestador de VoIP não é delegatário formal de telecomunicações.

3 - Não há, no País, disciplina normativa, até o momento, de VoIP (que, como dito, constitui aplicação e tecnologia por emprego de *software* à atividade dos PSCI). VoIP sintetiza, assim, não mais que inovação e convergência tecnológica.

4 - Não há, na atualidade, norma legal que defina hipótese de incidência tributária, quanto ao ICMS, por prática, pelo PSCI, da conexão IP de dados multimídia (de voz). Viola, de conseqüência, o princípio da legalidade tributária - art. 146, III, *a*, da CF - a instituição, por exclusiva norma convenial, da exação não definida em lei, sendo, por isso, inaplicável a regra do Convênio ICMS 55/05,[28] editada pelo Confaz, quanto às atividades de VoIP por prestadores de acesso à Internet.

5 - Aplica-se, à inovadora atividade (Provimento de VoIP), o aresto/ STJ (Embargos de Divergência (456.650-PR, 11.05.2005), quanto à não-ocorrência do fato gerador do ICMS (serviços comunicação). O ICMS será devido apenas por prestador de serviço típico formal de telefonia (titular do *backbone) a partir do momento em que acionada conexão telefônica através do gateway de interface da rede IP com a rede ATM, sendo o fato gerador do tributo, neste caso, a última conexão por circuito; e sua base de cálculo, para o ICMS, o custo do serviço prestado apenas por essa operadora PSTN.*

[28] O Convênio ICMS 55/2005 apresenta, em sua "Cláusula Primeira", autorização para que Estados tributem, pelo ICMS, receitas advindas do provimento de VoIP. A disposição: "Relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre Protocolo Internet (VoIP), disponibilizados por fichas, cartões ou assemelhados, mesmo que por meios eletrônicos, será emitida Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicação - Modelo 22 (NFST), com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização".

6 - Não haverá incidência de ICMS na prestação de VoIP em modalidade P2P - entre computadores ligados à rede Internet - ou na modalidade Computador-PSTN, esta quanto ao valor da assinatura *flat* contratada junto ao Provedor de VoIP.

7 - Havendo integração, à prestação do acesso\Internet e VoIP, de delegatário de serviços de telecomunicações (SCM, SRTT\STFC), a este caberá, com exclusividade, o encargo tributário com o ICMS devido pela prestação respectiva - aí, prestação de serviço de telecomunicações\comunicação típico.

## 8. Conclusão

A despeito das considerações finais tributárias, os Estados acham-se munidos de disciplina convenial adicional, que, além da disposição textual inserida no recente Convênio Confaz-ICMS 55/2005 sobre VoIP, ainda autorizam exação, pelo ICMS, das próprias receitas advindas da atividade de PSCI.[29]

A subsistência desta estrutura convenial denota ter o aresto último, do STJ, conservado, realmente, seus efeitos apenas *inter alios*.

Pode-se antever, portanto, possibilidade de conflitos - de natureza tributária - proporcionais a perdas de receitas públicas que a transposição da voz para redes IP irá proporcionar.

Aliados, ainda, a litígios que inovações de impacto, como essa, tendem usualmente a produzir noutros campos - concorrenciais empresariais - o cenário que se avizinha com a inovação mostra-se potencialmente conflituoso.

A ele será convocado o derradeiro ator - o intérprete das repercussões jurídicas da inovação - que tanto melhor fará quanto puder compreender do fato, consolidado como está, com seus amplos lindes tecnológicos, e seu perfil normativo ainda por se editar.

Ressalve-se a possibilidade, aqui sempre mencionada, de a norma de regulação ou a própria lei formal virem a disciplinar, no futuro, a inovação, qualificando-a como serviço típico de telecomunicações, e não mais como mera aplicação, momento, então, em que, dado o caráter formal dos serviços, se terá de adequar a interpretação tributária à nova realidade.

Até que isso ocorra, o ICMS, quanto às aplicações e provimento de VoIP, não poderá fugir a balizas da legalidade, que, neste momento, não o autorizam.

## 9. Referências bibliográficas

ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. *Internet e direito*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

AZULAY NETO, Messod; LIMA, Antonio Roberto Pires de. *O novo cenário das telecomunicações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

---

[29] 1 - Convênio ICMS 78/01-Confaz - Cláusula Terceira (de 06.12.2001) - Autoriza os Estados a concederem redução da base de cálculo do ICMS incidente em prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade acesso à Internet, de forma que a carga tributária seria equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da prestação.
2 - Convênio ICMS 50/03 (de 04.07.2003), do Confaz, revigora o Convênio 78/01, autorizando a convalidação dos procedimentos adotados em relação às prestações de serviço de acesso à Internet efetuadas nos Termos do Convênio ICMS 78/01 (o que se fez editado, portanto, após a última decisão do STJ).
3 - Convênio 05\2006 ratifica os anteriores e disciplina a exação pelo ICMS sobre a atividade dos ISPs.
4 - Em MG, o Decreto 43.537/2003 atualiza o RICMS e mantém, no item 32, Parte 1, Anexo IV, Título XI, a seguinte hipótese de incidência do ICMS/MG " Prestação onerosa de serviço de comunicação, na modalidade de acesso à Internet - alíquota de 5%"

BAPTISTELLA, Luiz Fernando B. *Rede digital de serviços integrados*. São Paulo: McGraw - Hill, 1990 (Telefonia - FGV).

BOTELHO, Fernando Neto. *As telecomunicações e o Fust*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BOTELHO, Fernando Neto. Tributação do serviço de provimento da Internet. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário das telecomunicações*. São Paulo: IOB/Thomson, 2004.

CARLSON, A. Bruce. *Communications systems.* 3. ed., New York: McGraw Hill International Editions, 1986 (Comunicação em Banda Larga - FGV).

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CLARK, M. P. *Wireless access networks*. New York: John Wiley & Sons, 2000 (Comunicação em Banda Larga - FGV).

DODD, Annabel Z. *O guia essencial para telecomunicações*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESCOBAR, J. C. Mariense. *O novo direito de telecomunicações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial*: as telecomunicações. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). *Sistema Tributário Nacional na jurisprudência do STF. São Paulo: Dialética, 2002.*

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos fundamentais do ICMS*. São Paulo: Dialética, 1997.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário***.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do , 2002.

ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject. *Cardozo Law Review*, New York, n. 16, p. 1.049-1109, jan. 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOARES. Luiz Fernando Gomes; SOUZA FILHO, Guido Lemos de; COLCHER, S. *Redes de computadores.* Rio de Janeiro: Editora Campus, 1994 (Comunicação em Banda Larga - FGV).

STRAUBHAAR, Joseph; LA ROSE, Robert. *Communications media in the information society*. Belmont: Wadsworth Publishing, 1996.

VOLKWEISS, Roque Joaquim. *Direito tributário nacional*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

-:::-

# TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

## SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - DIREITO DE VISITA - AVÓ - ILEGITIMIDADE PASSIVA

**Ementa: Agravo. Separação judicial litigiosa. Direito de visita. Avó. Parte passiva ilegítima.**

**- Partes legítimas para a ação de separação judicial são os cônjuges. Assim, a avó não pode ingressar no feito com pedido de regulamentação do direito de visita dos netos porque parte passiva ilegítima. Por isso a avó que deseja ver assegurado o direito de visitar os netos de ação própria deve se valer, sob pena de ferir a legislação processual civil em vigor, que proíbe pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei.**

AGRAVO N° 1.0471.03.007466-3/001 - Comarca de Pará de Minas - Agravante: Gizele de Almeida Esteves Soares - Agravado: Sandro Gonçalves Ribeiro - Relator: Des. NILSON REIS

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de abril de 2006.- *Nilson Reis* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Nilson Reis* - Conheço do recurso, porque presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Gizele de Almeida Esteves Soares, em face da decisão que, nos autos do processo de separação judicial, conferiu a guarda provisória de seus filhos para a avó paterna, e regulou o seu direito de visita (f. 75/81-TJ).

A agravante sustenta que a avó paterna não integra o pólo passivo do processo de separação judicial que ajuizou em face de Sandro Gonçalves Ribeiro, pelo que requer a cassação da decisão que a priva da guarda dos filhos e regula direito de visita.

Contraminuta (f. 98/101-TJ), pela manutenção da decisão.

O efeito suspensivo foi atribuído (f. 85/86-TJ).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 105/107-TJ, opina pelo provimento do recurso.

Esse o relatório. Decido.

A análise dos autos nos revela que a agravante ajuizou, em face de Sandro Gonçalves Ribeiro, ação de separação judicial, mas a mãe deste, que não integra o pólo passivo do processo, nele interveio com pedido de autorização para visitar os netos, fato que redundou na decisão que lhe conferiu a guarda provisória dos mesmos e regulamentou o direito de visita da agravante (f. 75/81-TJ).

A decisão agravada mostra-se em descompasso com a legislação processual civil em vigor, notadamente com a matéria de ordem pública do inc. VI do art. 267 do CPC, ou seja, legitimidade de parte, no caso, legitimidade passiva. É que, na ação de separação judicial, são partes ativa e passiva os cônjuges, ou seja, o que requer a separação é a parte ativa e o que resiste, a passiva (cf. art. 6º do CPC).

Decerto que, no pedido de separação não litigioso, ambos os cônjuges são autores, logo, compõem o pólo ativo, pelo que o passivo, tecnicamente, mostra-se desprovido de titular.

Sendo assim, à mãe do agravado não cabe intervir no processo de separação do filho, ainda que expresse o desejo de visitar os netos. Se, de fato, deseja ver assegurado o seu direito de visita, que se valha da ação própria e comunique esse desiderato ao pai, seu filho, que, conforme mostram os autos instrumentais, não aparenta ser pai zeloso, conquanto assim devesse ser. Afinal, o direito de visita, educação e sustento dos filhos compete-lhe em conjunto com a agravante, e inadequada é a entrada, nos autos do processo de separação judicial, da avó paterna, com pedido de regulamentação do direito de visita dos netos.

Por conclusão, partes legítimas para a ação de separação judicial são os cônjuges. Assim, a genitora de um deles não pode ingressar no feito com pedido de regulamentação do direito de visita dos netos, porque parte passiva ilegítima. Por isso a avó que deseja ver assegurado o direito de visitar os netos deve se valer de ação própria, sob pena de ferir a legislação processual civil em vigor.

Assim sendo, forte no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao agravo para cassar a decisão recorrida.

Custas recursais, *ex lege.*

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Jarbas Ladeira* e *Brandão Teixeira*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

## PREVIDÊNCIA PRIVADA - PENSÃO POR MORTE - BENEFICIÁRIO - LIMITE DE IDADE - PRORROGAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

**Ementa: Apelação. Previdência privada. Filho de segurado. Extensão do pagamento de pensão por morte até 24 anos de idade. Impossibilidade.**

**- Não se aplica à previdência privada o princípio da solidariedade que rege a previdência social, diante de seu caráter eminentemente contratual no qual prevalece o princípio da autonomia da vontade e dos interesses do grupo de participantes.**

**- O pagamento de pensão ao dependente, com base no cálculo atuarial que estabeleceu o valor das contribuições, é regido pelas normas vigentes na ocasião do óbito do segurado.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.824180-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Marcelo Villaça Silva - Apelada: Forluz Fund. Forluminas de Seguridade Social - Relator: Des. FABIO MAIA VIANI

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 22 de junho de 2006. - *Fabio Maia Viani* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Fabio Maia Viani* - Cuida-se de apelação interposta por Marcelo Villaça Silva contra a sentença (f. 87/90), que, nos autos da

ação de obrigação de fazer que move em face de Forluz - Fundação Forluminas de Seguridade Social, julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que a manutenção da pensão do autor, até os 24 anos, na condição de "legatário" de seu pai, ex-empregado da Cemig, não tem previsão legal e estatutária, pois a idade-limite prevista no contrato é de 21 anos.

O apelante, nas razões de recurso (f. 91/94), alega que é estudante universitário e que não possui outra renda senão a deixada pelo seu pai através do plano de previdência ora em comento.

Aduz que a fonte de custeio para o pagamento da pensão requerida tem previsão no estatuto da apelada, de modo que a continuidade do pagamento em nada alterará a solidez da Forluz ou da sua mantenedora.

Observa, ainda, que a sua pretensão encontra guarida nas decisões jurisprudenciais que destacou às f. 80/81.

Por fim, pugna pelo provimento do apelo para que seja julgado procedente o pedido inicial.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Na verdade, as premissas sobre as quais se baseia o apelante para buscar a reforma da decisão contida na sentença de primeiro grau não se sustentam.

Tratando-se de previdência privada de caráter complementar, que enseja o estabelecimento de relação contratual entre as partes, prevalece o princípio da autonomia da vontade e dos interesses do grupo restrito de participantes que a integram.

Dessa feita, relativamente à previdência privada, não há que se falar em aplicação das normas referentes à previdência social, mas sim daquelas que constam do contrato firmado pelas partes, contrato este que não possui cunho benéfico.

Ressalta-se que, inexistindo na espécie custeio público, os valores avençados, seja a título de contribuição, seja a título de pensão ou pecúlio, devem obedecer estritamente ao convencionado, nos limites em que foram apurados pelos cálculos atuariais que objetivam assegurar paridade aos contratantes, assim como a toda a coletividade que integra aquele plano de previdência.

Por conseguinte, correta é a decisão tomada pelo MM. Juiz de primeiro grau, mormente quando giza que:

> (...)
> A prorrogação do benefício até a conclusão de curso universitário carece de supedâneo legal, ainda que se confira ao benefício natureza alimentar, tendo em vista a imprescindível necessidade de fonte de custeio, em face da inovação imposta pela Emenda Constitucional nº 20/98 à previdência privada de caráter complementar, ajustada, atuarialmente, a seus ativos.

Nesse contexto, considerando válido o art. 18 do Regulamento do Plano A (f. 39), no qual livremente se submeteu o pai do apelante ao contratar com a apelada a presente previdência complementar (f.40/43) - que prevê a perda de condição de beneficiário ao completar 21 anos -, e tendo em vista ainda que é essa a norma aplicável à espécie em face do princípio *tempus regit actum*, impõe-se reconhecer a inexistência de direito pelo apelante a ter estendido o benefício até a idade de 24 anos, ainda que universitário seja.

Sobre o tema, trago à colação decisão deste Tribunal:

> Previdência privada. Relação contratual. Extensão de benefício até os 24 anos. Alteração estatutária posterior à aquisição do direito à pensão. Impossibilidade.
> - A relação que envolve os associados e as instituições de previdência privada é de natureza contratual, regida pelo estatuto e regulamento próprios.
> - Com o falecimento do ex-associado, nasce para os seus filhos menores o direito à pensão limitada nos termos das normas *interna corporis*.

- Alteração posterior do estatuto, estabelecendo o pagamento da pensão para os filhos até os 24 anos, não aproveita a que já a receba, por tratar-se de situação jurídica já concretizada na vigência da norma anterior, ainda mais quando o próprio estatuto novo expressamente proíbe tal extensão (Rel. Juiz Belizário de Lacerda, j. em 11.06.03).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, para manter íntegra a sentença de primeiro grau.

Custas recursais, pelo apelante, ficando suspensa a sua exigibilidade por força da assistência judiciária gratuita que lhe foi deferida.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Eulina do Carmo Almeida* e *Francisco Kupidlowski*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR - TRANSFERÊNCIA DE PRESOS - PRESÍDIO - REFORMA - FIXAÇÃO DE PRAZO - AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE

**Ementa: Ação civil pública. Transferência de presos e reforma de cadeia pública. Liminar. Decisão que a defere, assinando prazos para as medidas reclamadas. Agravo provido.**

**- Irrazoável se mostra o deferimento de liminar em ação civil pública impositiva da remoção de presos e reforma de cadeia pública em prazos exíguos, insuscetíveis de pronto atendimento pelo Poder Público, exaurindo, de resto, o objeto da ação sem exame de mérito quanto à necessidade e conveniência da obra.**

AGRAVO N° 1.0123.04.008259-6/001 - Comarca de Capelinha - Agravante: Estado de Minas Gerais - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. MACIEL PEREIRA

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 20 de abril de 2006. - *Maciel Pereira* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Proferiu sustentação oral, pelo agravado, o Dr. Antônio Sérgio de Paula.

*O Sr. Des. Maciel Pereira* - Agravo com interposição e processamento regulares (f. 02/13 e 161/172), pelo qual manifesta o Estado de Minas Gerais inconformismo com decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Capelinha, parcialmente deferitória de liminar em ação civil pública que lhe promove o Ministério Público, por seu representante local, objetivando a transferência, pelo demandado, em sete dias, dos condenados recolhidos na cadeia de Turmalina para estabelecimento adequado, assim como a reforma do prédio, com início e término das obras, respectivamente, em 30 e 120 dias, sob pena, num caso e noutro, de multa diária de R$ 10.000,00.

Ainda que ampliado, pela decisão, para 10 dias o prazo para a remoção dos presos e reduzida a multa para R$ 5.000,00, contrapõe-se-lhe o agravante por reputá-la inexeqüível no tempo assinado e violar a fixação de prazos o princípio da autonomia da Administração Pública no que tange à oportunidade e conveniência da realização das obras, discordando igualmente da multa cominada.

Cinge-se propriamente a matéria impugnada ao deferimento da liminar consubstanciada na premência da remoção de presos e início e

conclusão das obras de reforma da cadeia, devendo-se reservar para exame de mérito da causa, mediante instrução regular, o aspecto atinente à oportunidade e conveniência das medidas reclamadas pelo órgão da Justiça Pública.

Induvidosamente, a exigüidade do tempo para as providências impostas, em termos de antecipação do provimento judicial postulado, tanto em relação à transferência dos detentos quanto à reconstrução do presídio, estava a inviabilizar-lhes a execução pelo Poder Público.

Com efeito, impunha-se, no caso, a prévia averiguação da existência de vagas em outras unidades prisionais para recebimento dos presos e, por outro lado, estudo sobre a execução das obras, se sob modalidade direta ou contratada pelo Estado, mediante licitação (art. 6º, VII e VII, da Lei nº 8.666/93, com redação da Lei nº 8.883/94).

Daí a desrazoabilidade da medida, sobretudo por importar no antecipado esgotamento do objeto da lide, vedado pelo art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92.

Dou provimento ao agravo.

*O Sr. Des. Manuel Saramago* - De acordo.

*O Sr. Des. Schalcher Ventura* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

## PRECATÓRIO - HERDEIRO - HABILITAÇÃO - COMPETÊNCIA JURISDICIONAL - JUÍZO DA EXECUÇÃO

**Ementa: Agravo de instrumento. Precatório. Habilitação. Competência da primeira instância. Decisão reformada.**

**- As funções judiciárias relativas à tramitação dos precatórios são de competência do juiz da execução, cabendo ao Presidente do Tribunal de Justiça apenas os atos administrativos nos procedimentos relativos aos precatórios.**

**Recurso a que se nega provimento.**

AGRAVO N° 1.0024.96.033078-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Ipsemg - Agravado: Geraldo Domingos Coelho - 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, 18 de maio de 2006. - *Kildare Carvalho* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Kildare Carvalho* - Ipsemg - Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais agrava da r. decisão que, nos autos da ação ordinária contra ele movida por Ieda Coelho Miguel, deferiu o pedido de Geraldo Domingos Coelho à habilitação no mencionado feito, ante o falecimento da autora e esposa do requerente, por ser este o único herdeiro dos créditos oriundos da demanda.

Alega a impossibilidade de alteração do precatório em questão, por afrontar a competência do d. Juízo de primeiro grau para avaliar o caso. Requer, ao final, a concessão de efeito suspensivo à decisão agravada, até o julgamento do mérito do presente recurso.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Infere-se dos autos a existência de precatório em favor de Ieda Coelho Miguel nos autos da ação por ela ajuizada em face do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais.

Todavia, depreende-se ainda dos autos que, aos 29 de dezembro de 2004, a requerente veio a falecer, deixando ao requerente todos os direitos existentes pelas ações promovidas contra o Estado, Previdência e demais.

Diante de tal situação, o agravado requereu a sua habilitação nos autos, o que foi deferido pelo MM. Juiz singular, ensejando a interposição do presente recurso, por meio do qual sustenta o agravante que a alteração do precatório afronta a competência do d. Juízo de primeiro grau.

Após análise do processado, tenho que a decisão não merece reforma.

Isso porque, como já dito, as funções judiciárias relativas à tramitação dos precatórios são de competência do juiz da execução, cabendo ao Presidente do Tribunal de Justiça apenas os atos administrativos nos procedimentos relativos aos precatórios.

Nesse sentido é o entendimento da doutrina:

> Na execução dos arts. 730 e 731 do CPC, o concurso de atividades do juiz da causa e do Presidente do Tribunal é obrigatório. A jurisprudência entende, porém, que as funções de um e de outro são de natureza diversa. Ao juiz é que se atribui a função jurisdicional na espécie. O Presidente do Tribunal desempenharia apenas atividade administrativa, quando processasse o precatório oriundo do juiz do feito em que ocorreu a condenação da Fazenda Pública (Precatórios: *problemas e soluções*, Orlando Vaz (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, Centro Jurídico Brasileiro, 2005, p. 60-61).

A propósito é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Os incidentes ou questões surgidos no cumprimento dos precatórios serão solucionados pelo juiz do processo de execução. A função do Presidente do Tribunal no processamento do requisitório de pagamento é de índole essencialmente administrativa, não abrangendo as decisões ou recursos de natureza jurisdicional (STJ, 2ª T., REsp 141.137/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 07.10.99, *DJU* de 13.12.99, p. 132. No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp 187.831/SP, Rel. Min. José Delgado, j. em 17.11.98, *DJU* de 22.03.99, p. 83).

Ademais e consoante afirmado pelo MM. Juiz singular, o precatório se encontra em fase de expedição; logo, inexiste óbice ao deferimento do pedido do agravado.

Portanto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, observado o disposto no inciso I, do artigo 10, da Lei nº 14.939/2003.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Manuel Saramago* e *Albergaria Costa*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**SERVIDOR PÚBLICO - REINTEGRAÇÃO AO CARGO - ESTÁGIO PROBATÓRIO - LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE - EXTINÇÃO DO CARGO - EXONERAÇÃO - ILEGALIDADE - DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA**

**Ementa: Ação ordinária. Servidor concursado. Estágio probatório. Licença-saúde. Exoneração. Extinção do cargo. Ausência de ampla defesa. Ilegalidade.**

**- Para a exoneração do servidor público, ainda que em estágio probatório, deve-se preservar o direito ao contraditório e à ampla defesa. Impossível, também, a exoneração quando o servidor se encontra de licença para tratamento de saúde, não se justificando o ato em razão da extinção do cargo.**

REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0105.03.078111-3/001 - Comarca de Governador Valadares - Remetente: J.D. da 5ª V. Cív. da Comarca de Governador Valadares - Autor: Newton de Souza Fernandes - Ré: Câmara Mun. de Alpercata - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2006 - *Jarbas Ladeira* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Jarbas Ladeira* - Cuida-se de reexame necessário da sentença que acolheu a preliminar de ilegitimidade da ré para responder aos pedidos condenatórios e julgou parcialmente procedente a ação ordinária de reintegração ao cargo c/c cobrança ajuizada por Newton de Souza Fernandes contra a Câmara Municipal de Alpercata, determinando a reintegração do autor no cargo que ocupava.

Segundo narrativa da inicial, o autor foi contratado pela ré em 2 de março de 1993 para exercer a função de Chefe de Seção, tendo o contrato sido rescindido em 30.04.93. Em seguida, em data de 1º.05.93 foi novamente contratado na mesma função. Todavia, em 15.04.98, foi nomeado Assessor Parlamentar e exonerado em 1º.07.98. No entanto, diante da aprovação em concurso público, ocorreu a nomeação do autor, em caráter efetivo, tendo tomado posse em 1º.07.98.

O autor sustentou que foi ilegalmente exonerado em 20.03.01, por mera perseguição política, sem que lhe fosse concedido o direito de defesa, e, com abuso de poder, feriu-se direito líquido e certo. Sustentou, ainda, que na ocasião da exoneração se encontrava afastado do trabalho por licença médica.

Afirmou que a exoneração acarretou conseqüências danosas, e por tal motivo pede a fixação do *quantum* por danos morais.

Requereu a procedência da ação, decretando-se a reintegração do autor ao trabalho, com a condenação da ré ao pagamento de salários e vantagens do período em que ficou afastado em decorrência da ilegal demissão, e a condenação ao pagamento no equivalente a 2.000 salários mínimos a título de danos morais. Pugnou pela concessão da gratuidade judiciária.

Relatório circunstanciado já se encontra juntado aos autos.

Conheço do reexame necessário, aos requisitos de admissibilidade.

Ao acolher a preliminar suscitada, o digno Juiz monocrático argumentou que a Câmara Municipal não tem legitimidade para figurar no pólo passivo quanto aos pedidos condenatórios, pois, *in casu*, cabia ao autor incluir o Município de Alpercata no pólo passivo. Outrossim, argumentou ser incontroversa a legitimidade para defender o ato exoneratório e o pedido reintegratório. Assim, julgou procedente, em parte, o pedido inicial, apenas para determinar que a Câmara Municipal de Alpercata reintegrasse o autor no cargo de Assistente Parlamentar, sob o fundamento de que o autor estava em curso de licença médica, e por tal razão não pode ser exonerado sumariamente.

Sobre a legitimidade da Câmara Municipal de Alpercata para figurar no pólo passivo de demanda com pedidos condenatórios, concordo com o entendimento esposado pelo douto Magistrado sentenciante de que a

mesma é parte ilegítima para responder por condenação, pois que o Município de Alpercata é quem teria legitimidade passiva para o feito.

Colhe-se da documentação carreada aos autos que o autor exerceu cargos na Câmara Municipal de Alpercata, em caráter temporário, até a sua efetivação por concurso público. Entretanto, fora exonerado quando se encontrava licenciado pelo prazo de 30 dias para tratamento de saúde, consoante se infere do documento médico de f. 28.

Nos termos da Portaria de nº 04/2001, f. 25, a exoneração do autor se deu sob o fundamento de o mesmo não ser estável; para reduzir gastos com pessoal e diante da extinção do cargo.

A exoneração, no presente caso, não se confunde com aquela exoneração punitiva, por incapacidade funcional ou por conduta disciplinar inadequada, mas tão-somente para reduzir gastos e pela extinção do cargo que o autor ocupava, em face da conveniência administrativa.

No entanto, a questão ficou definida, no sentido de que o autor não poderia ser exonerado naquela ocasião, em virtude de se encontrar em plena licença médica.

Vale salientar que a Lei nº 150 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Alpercata), em seu art. 16, estabelece que estágio probatório é o período de 730 dias de exercício. A Resolução nº 008/98 da Câmara Municipal de Alpercata, em seu art. 7º, estabelece que o servidor nomeado para o cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 meses. Ademais, o art. 51 da LOM - Lei Orgânica Municipal - promulgada em 22.06.90, prescreve que é estável, após dois anos de efetivo exercício, o servidor público nomeado em virtude de concurso público.

Portanto, o autor, quando da exoneração, já contava com mais de dois anos no exercício do cargo, uma vez que tomou posse em 29.06.98 e foi exonerado em 20.03.01 (documentos de f. 22 e 25). Assim, de acordo com a legislação municipal, o autor já havia cumprido o estágio probatório. Contudo, a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, ao modificar o art. 41 da CF/88, alterou tal prazo probatório para três anos. Por tal motivo, o autor não alcançou o estágio probatório.

Retornando à decisão monocrática, tenho que a mesma deve prevalecer, porquanto a exoneração sumária do autor se deu exatamente quando ele se encontrava de licença médica para tratamento de saúde, o que leva a acreditar que estaria inapto para o exercício de sua função. Ora, sabe-se que o servidor efetivo pode ser exonerado durante o estágio probatório; entretanto, estando ele licenciado para tratamento de saúde e sem condições para continuar a exercer a sua função, não pode a extinção do cargo ser a causa da exoneração, por existir possibilidade de seu aproveitamento em outro cargo.

Sobre o tema, o colendo Superior Tribunal de Justiça e este TJMG decidiram, a exemplo das ementas a seguir transcritas:

> Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Exoneração de servidores concursados. Estágio probatório. Devido processo legal. Ampla defesa. Os servidores públicos concursados, nomeados e empossados, que estejam em estágio probatório, gozam dos direitos constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa quando em processo de demissão ou de exoneração (STJ - ROMS 9.408/SE).
>
> MS. Licença-saúde. Exoneração ilegal. Extinção do cargo. Direito do servidor. Ordem concedida. O servidor em gozo de licença-saúde, notadamente por moléstia profissional, não pode ser exonerado apenas porque o cargo que ocupa veio a ser extinto. Assiste-lhe o direito de ser reconduzido ao serviço ativo até ser considerado apto e aproveitado em outro cargo ou aposentado por invalidez (TJMG - Mandado de Segurança nº 000.252.452-8/00 - Rel. Des. Cláudio Costa - j. em 19.02.03).
>
> Servidor municipal. Licença médica. Exoneração de cargo comissionado. Demissão de cargo efetivo. Arbitrariedade. Segurança sen-

tenciada. Confirmação (TJMG - Apelação Cível nº 000.200.500-7 - Rel. Des. Aluízio Quintão - j. em 02.08.01).

Administrativo. Servidor público. Estágio probatório. Exoneração. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Observância. Para a exoneração do servidor público que se encontra em estágio probatório é indispensável que sejam respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa (TJMG - Apelação Cível nº 1.0223.01.061211-5/001 - Rel. Des. Carreira Machado).

Apenas num ponto merece reparos a sentença hostilizada. É que a Câmara Municipal não está sujeita ao pagamento de custas, nos termos do Regimento de Custas do Estado.

Do exposto, em reexame necessário, reformo em parte a sentença, para decotar a condenação da Câmara Municipal de Alpercata no pagamento de custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Brandão Teixeira* e *Caetano Levi Lopes.*

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA.

-:::-

## INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME - CADASTRO DE INADIMPLENTES - BANCO - SERVIÇO DEFEITUOSO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

**Ementa: Indenização. Danos morais. SPC. Financiamento. Documentos falsificados. *Quantum*. Manutenção.**

**- O Código de Defesa do Consumidor preconiza que a responsabilidade do fornecedor por defeitos relativos à prestação dos serviços independe da existência de culpa.**

**- O *quantum* fixado a título de dano moral deve obedecer às circunstâncias de cada caso, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0687.05.035535-7/001 - Comarca de Timóteo - Apelante: Banco Panamericano S.A. - Apelado: Geraldo Maia da Silva - Relator: Des. ANTÔNIO SÉRVULO

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 29 de março de 2006. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Antônio Sérvulo* - Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

O cerne da questão cinge-se em apurar a responsabilidade civil do apelante pelo fato da inscrição dos dados do apelado no órgão restritivo de crédito com fundamento em contrato de financiamento no valor de R$ 6.483,00 (seis mil quatrocentos e oitenta e três reais) realizado na cidade de São Paulo.

Após detida análise de toda a documentação carreada aos autos, verifico que o banco não agiu com a diligência necessária ao permitir realização de contrato de financiamento em nome do autor.

Conforme se infere, o apelante não impugnou que enviou os dados do apelado ao órgão restritivo de crédito em razão de contrato

de financiamento, apenas alegando que não só o apelado, como ele também, foi vítima de uma atitude fraudulenta de terceiro e, ademais, que cabia ao apelado tomar as providências cabíveis, comunicando os órgãos públicos para evitar danos a si e a terceiros.

Em que pesem as fraudes contra bancos estarem se tornando comuns nos dias atuais, não se pode olvidar que as instituições financeiras devem tomar os devidos cuidados para que se evite a ocorrência de tais fraudes.

Analisando a documentação apresentada pelo apelante, verifica-se que o endereço encontrado na proposta de financiamento apresentada pelo falsário não está perfeitamente de acordo com o endereço encontrado no documento de f. 11, já que naquele consta o Bairro "Cruz das Almas", na cidade de São Paulo-SP, enquanto nesta consta o Bairro "Macuco", na cidade de Timóteo-MG.

O fato descrito e confessado pelo apelante configura defeito do serviço (atividade bancária fornecida no mercado de consumo) e se submete ao sistema do Código de Defesa do Consumidor, por força do disposto nos seus arts. 3º, § 2º, 17 e 29.

Vê-se que a fraude é reconhecida pelo apelante, que confessa ter contratado com o estelionatário. Induvidoso, pois, que o apelante faltou com o cuidado objetivo exigível para frustrar a atividade criminosa, e, na sua atividade, trata-se de fornecimento de serviço defeituoso que expôs terceiros ao risco de suportar prejuízos, o que de fato ocorreu com o apelado, que teve o nome cadastrado nos órgãos de proteção ao crédito.

O inciso VI do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor arrola como direito básico do consumidor "a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos"; enquanto o art. 14 estabelece a responsabilidade do fornecedor por defeitos relativos à prestação dos serviços, independentemente da existência de culpa. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado serviços, o defeito inexiste, ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A culpa concorrente do consumidor não é excludente de responsabilidade civil.

Ainda que caracterizada a culpa concorrente, subsistiria a responsabilidade do fornecedor de serviço pela reparação dos danos, pois a participação do consumidor neste caso somente será levada em conta no momento de se arbitrar a quantia destinada à reparação do dano moral.

Assim, tem-se que o apelante responde pela indenização requerida porque ocorreu a falsificação admitida expressamente na contestação, faltando com o cuidado objetivo e assumindo o risco próprio de atividade bancária. Por outro lado, não se demonstrou por parte do apelado culpa excludente da responsabilidade civil.

O apelado logrou comprovar que, devido ao comportamento culposo do apelante, teve o seu nome inserido no SPC, f. 16, sendo presumido o dano em casos como o dos autos.

É o iterativo entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular neste cadastro (STJ - 4ª T. - REsp 165.727 - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. em 16.06.98 - *RSTJ* 115/370).

Conforme anota Rui Stoco:

> A causação de dano moral independe de prova, ou melhor, comprovada a ofensa moral, o direito à indenização desta decorre, sendo dela presumido. Desse modo, a responsabilização do ofensor origina do fato da violação do *neminem laedere.* Significa, em resumo, que o dever de reparar é corolário da verificação do evento danoso, dispensável, ou mesmo insofismável, a prova do prejuízo (*Responsabilidade Civil*, 4. ed., São Paulo: RT,1999, p. 722).

A indenização por danos morais foi arbitrada em R$ 5.000,00, devendo o referido *quantum* ser mantido, pois razoável e proporcional para reparar o dano causado ao apelado:

> A fixação dos danos morais deve ser efetuada de modo a evitar o enriquecimento ilícito do lesado e, concomitantemente, a impor penalidade ao autor do evento, em vista do que entendo adequada, para a reparação dos danos sofridos por aquele que vê devolvidos cheques de sua lavra, que foram roubados, a quantia de vinte salários mínimos (EI nº 350.165-7/01, 6ª Câmara Cível, Rel. Juiz Dídimo Inocêncio de Oliveira, j. em 05.12.02).

É cediço que o conceito de ressarcimento, em se tratando de dano moral, abrange dois critérios: um, de caráter punitivo, objetivando punir o causador do dano pela ofensa que praticou; outro, de caráter compensatório, que proporcionará à vítima algum bem em contrapartida ao mal sofrido.

O arbitramento da indenização por dano moral é ato do juiz, devendo obedecer às circunstâncias de cada caso.

Dessa feita, no presente caso, o *quantum* fixado a titulo de indenização por dano moral está razoável e condizente com o mal causado ao apelado pela atitude negligente do apelante.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença monocrática.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *José Flávio de Almeida* e *Nilo Lacerda*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO

-:::-

## EXECUÇÃO - BENS PENHORÁVEIS - INEXISTÊNCIA - PENHORA *ON-LINE* - DINHEIRO - CONTA CORRENTE - POSSIBILIDADE - CONVÊNIO *BACEN-JUD*

**Ementa: Agravo de instrumento. Execução. Penhora *on-line*. Inexistência de bens passíveis de constrição. Convênio Bacen-Jud. Possibilidade.**

**- Resultando ineficazes os esforços e as diligências do credor no intuito de localizar bens penhoráveis do devedor, é possível a penhora *on-line* de dinheiro disponível em conta corrente do executado através do Sistema Bacen-Jud, convênio feito em 2001 entre o Banco Central, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal, que tem como objetivo permitir aos órgãos jurisdicionais solicitar informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras. A penhora *on-line* de dinheiro não ofende o princípio de que a execução deve ser feita de forma menos gravosa ao devedor, pois o art. 655 do CPC, na gradação de bens a serem nomeados pelo devedor, dá preferência ao dinheiro.**

AGRAVO N° 1.0024.00.071388-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Condomínio do Edifício Rio Reno - Agravado: Hernan Rodrigo Lopes Vizuete - Relator: Des. ALVIMAR DE ÁVILA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a Décima Segunda 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, 8 de março de 2006. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Alvimar de Ávila* - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo Condomínio do Edifício Rio Reno, nos

autos da ação de execução proposta em face de Hernan Rodrigo Lopes Vizuete, contra decisão que indeferiu o pedido de expedição de ofício ao Banco Central por ausência de diligência da parte credora, que não indicou a conta e a instituição financeira onde se encontra o dinheiro que deve sofrer a penhora (f. 32/34 -TJ).

Em suas razões, sustenta o agravante que o oficial de justiça responsável pela citação não encontrou bens do executado passíveis de penhora; que a jurisprudência atual permite a expedição de ofício ao Banco Central, para que se proceda ao bloqueio e à penhora *on-line* de valores existentes nas contas do recorrido (f. 02/07). Juntou documentos (f. 08/40-TJ).

Não foi apresentada contraminuta (f. 55).

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

Inicialmente, há que se registrar que não compete ao juiz da causa diligenciar sobre os fatos alegados pela parte interessada quanto à prova da existência de numerário em conta corrente, ou de bens passíveis de penhora, pois tal atividade cabe à parte que se diz prejudicada.

Entretanto, no caso dos autos, percebe-se que o agravado, citado nos autos da ação de execução, informou não possuir quaisquer bens passíveis de penhora (f. 25/27-TJ). Ainda, o agravante demonstrou que o único imóvel pertencente ao executado foi doado ao seu descendente, antes da propositura da ação de execução (f. 28/29-TJ), motivo que ensejou o pedido de penhora *on-line* do numerário existente em sua conta corrente (f. 30/31-TJ).

A penhora *on-line* de eventuais numerários existentes na conta corrente pertencente ao devedor é perfeitamente possível pelo convênio feito em 2001 entre o Banco Central, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal, mais conhecido como Bacen-Jud, ao qual este Tribunal de Justiça aderiu em maio/2001, que tem como objetivo permitir aos órgãos jurisdicionais solicitar informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras.

Sobre o assunto, vale trazer à baila recente julgado desta Corte, onde o ilustre Colega Relator, Des. Célio César Paduani, faz consignar interessante discussão acerca do novo sistema:

> O sistema Bacen-Jud tem por objetivo permitir que juízes, mediante uma senha, possam ter acesso via internet do Sistema de Solicitação do Poder Judiciário ao Banco Central.
> Em síntese, a criação de tal mecanismo destina-se a substituir procedimento anterior, consistente na postagem de ofícios ao Banco Central do Brasil para obter informações a respeito de saldo e aplicações financeiras de determinada empresa, para sofrerem a constrição judicial.
> Agora, o Judiciário conta com esse sistema que permite encaminhar às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen ofícios eletrônicos contendo solicitações de informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, bem como outras solicitações que vierem a ser definidas pelas partes.
> Não desconsidero o avanço que o sistema representa para dar mais agilidade às execuções em geral, simplificando a burocracia, com real proveito para a rápida satisfação do crédito exeqüendo.
> Outrossim, não vislumbro a necessidade de regulamentação ou alteração nas normas processuais, tendo em vista que o convênio apenas disponibiliza o meio rápido e eficaz para cumprimento das ordens judiciais dirigidas às entidades financeiras, que passarão a ser executadas *on-line*, sempre permitindo à parte eventualmente prejudicada interpor recursos cabíveis, demonstrando a lesão sofrida.
> Todavia, o problema é de natureza técnica, que, por afetar garantias como o sigilo bancário e dados fiscais, não se recomenda que uma ordem judicial - que vai interferir nessas garantias - possa trafegar em rede aberta, sujeita à ação dos *hackers,* comprometendo, assim, a integridade e fidedignidade da mesma.
> Oportuno registrar que a Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais vem realizando um estudo sobre o tema, consultando diversos juízes do Estado, com vistas à implantação da criptografia no sistema de rede para o Tribunal de Justiça para garantir a segurança das ordens judiciais e viabilizar a operacionalização do sistema.

Somente assim pode-se considerar a penhora *on-line* um meio seguro para devedor, credor e o próprio Estado, que, finalmente, poderá cumprir sua missão constitucional, trazendo, com isso, mais credibilidade e agilidade às decisões proferidas pelo órgão jurisdicional (TJMG - 4ª Câmara Cível - 1.0702.98.019807-2/001, Rel. Des. Célio César Paduani, - j. em 19.05.05, pub. em 08.06.05).

Como se vê, trata-se de uma inovação e modernização no Judiciário, que, no entanto, exige cautela e prudência do juiz que venha a utilizá-lo, sendo medida extrema a ser adotada, como no presente caso, já que o devedor afirmou não possuir quaisquer bens passíveis de penhora e o único imóvel que lhe pertencia foi doado ao seu filho, anteriormente ao ajuizamento da ação de execução.

Desse modo, resultando ineficazes os esforços e as diligências do credor no intuito de localizar bens penhoráveis do devedor, é possível a penhora *on-line*, através do Sistema Bacen-Jud, de dinheiro disponível em conta corrente do executado para liquidar a dívida ora pleiteada.

Nesse sentido:

Processual civil. Agravo de instrumento. Execução de sentença. Penhora via *on-line*. Possibilidade. - 1 - É perfeitamente possível a penhora via *on-line*, que não viola o sigilo bancário resguardado pela Constituição Federal, principalmente porque tal medida excepcional contribuirá para a efetividade da execução, ainda mais depois do convênio firmado entre o Banco Central e este Tribunal de Justiça (TJMG - 11ª Câmara Cível - Ag. Inst. nº 496.287-6 - Rel. Des. Maurício Barros - j. em 28.06.05).

Execução. Penhora *on-line*. Possibilidade. Convênio firmado com o Banco Central. Inexistência de outros bens passíveis de constrição. Garantia da execução. Agravo provido.
- 1 - Diante da inexistência de outros bens passíveis de apreensão em nome da devedora, conforme exaustivamente comprovado, é correto que a penhora recaia sobre valores depositados em sua conta bancária.
- 2 - É possível a utilização da penhora eletrônica capaz de garantir a efetividade da execução, pois existe um convênio com o Banco Central que viabiliza este serviço.
- 3 - Agravo a que se dá provimento (TJMG -13ª Câmara Cível - Ag. Inst. nº 2.0000.00.515948-8/000 - Rel. Des. Francisco Kupidlowski - j. em 1º.09.05).

Agravo de instrumento. Execução. Penhora *on-line*. Possibilidade. Reforma da decisão. - Possível é a penhora *on-line,* que não viola o sigilo bancário resguardado pela Constituição Federal, porque tal medida excepcional contribuirá para a efetividade da execução, após convênio firmado entre o Banco Central e este Tribunal de Justiça (TJMG -16ª Câmara Cível - Ag. Inst. nº 1.0145.05.222954-2/001 - Rel. Des. Mauro Soares de Freitas - j. em 28.09.05).

Ressalta-se que o Judiciário, para cumprimento da sua função de distribuição da justiça, está investido do poder/dever de buscar todos os meios necessários à satisfação da pretensão da parte.

Assim, a penhora *on-line* de dinheiro não ofende o princípio de que a execução deve ser feita de forma menos gravosa ao devedor, pois o art. 655 do CPC, na gradação de bens a serem nomeados pelo devedor, dá preferência ao dinheiro.

Nesse sentido, não há que se falar em violação ao art. 620 do CPC. É que, quando se fala em execução menos gravosa para o devedor, deve-se ater a que a forma menos gravosa deve ser útil para o credor, já que o fim do processo de execução é a satisfação do crédito.

Com essas considerações, dá-se provimento ao recurso, para reformar a r. decisão recorrida e possibilitar a utilização do sistema Bacen-Jud para a realização da penhora *on-line* da quantia exeqüenda.

Custas recursais, pelo agravado.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Saldanha da Fonseca* e *Domingos Coelho*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA - BENS - INDISPONIBILIDADE - DISSIPAÇÃO - AUSÊNCIA DE PERIGO - SUSPENSÃO DA RESTRIÇÃO**

**Ementa: Agravo de instrumento. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Competência. Indisponibilidade de bens.**

**- É da competência do juízo de primeira instância o processamento e julgamento de ação civil pública interposta pelo Ministério Público por ilegalidade de atos administrativos praticados por agentes políticos.**

**- Possuindo a empresa beneficiada por atos de improbidade administrativa bens suficientes que garantem a execução em caso de procedência da ação e não comprovando o agravado perigo de dissipação de referidos bens tornados indisponíveis em ação civil pública por improbidade administrativa, devem ser liberados os bens que sobejam da garantia.**

AGRAVO N° 1.0439.05.041641-1/001 - Comarca de Muriaé - Agravante: Viação São Cristóvão Ltda. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. BELIZÁRIO DE LACERDA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 março de 2006. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Belizário de Lacerda* - Cuida-se de agravo de instrumento aviado em face da decisão de f. 17/18-TJ, que, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, deferiu pedido de liminar, determinando a indisponibilidade e o bloqueio dos bens dos requeridos Carlos Fernando Costa e Viação São Cristóvão Ltda., bem como os pedidos do agravado de f. 53/55-TJ, letras *a*, *c*, *d*, *e*, *f*, *g*, e *h*, argumentando que visa assegurar a integral reparação do prejuízo sofrido pelo patrimônio público do Município de Muriaé, bem como o pagamento de multa civil no caso de condenação.

O eminente Desembargador Relator de Plantão Antônio Hélio Silva, às f. 92/93-TJ, deferiu parcialmente a liminar tão-somente para determinar a suspensão da restrição imposta pela decisão agravada aos bens da agravante.

Assim, de conformidade com os incisos IV e V do art. 527 do CPC, foram requisitadas informações e intimado pessoalmente o representante do agravado para resposta, tudo no prazo comum de 10 (dez) dias .

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

Requisitadas informações, o Magistrado *a quo* deixa de prestá-las, conforme certidão de f. 166-TJ.

Intimado para resposta, o agravado, às f. 129/164-TJ, oferece suas manifestações, pugnando para que seja o recurso improvido e mantida inalterada a decisão agravada.

Aberta vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta, às f. 168/182-TJ, oferece judicioso parecer, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso.

Com o presente recurso objetiva a agravante seja sustada a decisão agravada, que declarou a indisponibilidade de seus bens, determinando sua imediata liberação, reformando totalmente a decisão para que outra ação seja

aforada perante o Tribunal competente, ou alternativamente seja determinada a remessa dos autos da ação civil pública para o egrégio Tribunal de Justiça, nos moldes do art. 267 c/c 113, § 2º, do CPC, para o regular prosseguimento da ação, declarando-se nulos todos os atos decisórios praticados pelo Juízo, notadamente a decretação irregular e ilegal de indisponibilidade dos bens do ex-prefeito e da ora agravante.

Indevida é a pretensão argüida, uma vez que a matéria é de legislação estrita, e a delegação de competência, a qual também poderia ser chamada de competência secundária, requer lei expressa que a outorgue (poder legal para dicção do direito judicial ou jurisdicional).

Como preconiza o inolvidável professor Caio Tácito: "Não é competente quem quer, mas quem pode segundo os ditames do Direito".

A Constituição do Estado de Minas Gerais define bem a competência originária deste egrégio Tribunal de Justiça, e, entre aquele rol, primitivo de competência para dirimir ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Assim, o raciocínio parece encurtar-se mais ainda do que se possa imaginar. Não seria a lei complementar federal, nem lei ordinária federal, nem tampouco a Constituição Federal que poderia traçar a competência originária dos egrégios Tribunais de Justiça regionais. Logo, parece-me de melhor alvitre, mormente atento ao princípio da duplicidade de grau de jurisdição, que a competência para julgar ilícito de responsabilidade administrativa deve ser mesmo do juiz do local do fato, e não deste egrégio Sodalício, mormente no caso presente, em foi realizada uma auditoria nas contas do Poder Executivo Municipal, em que, no período de 2000, foi verificada a ocorrência de diversas irregularidades, mormente no período de 1997 e 2000, com a agravante máxime no caso de contratação de transporte sem qualquer procedimento licitatório.

Ademais, foi declarada pela Corte Superior deste egrégio Tribunal a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 10.628/2002.

> Ementa: Declaração incidental de inconstitucionalidade de lei federal ou de ato normativo do Poder Público, por maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial dos Tribunais Estaduais de Justiça, qual a sua Corte Superior - Lei Federal nº 10.628/02, alteradora do artigo 84 do Código de Processo Penal, deslocando a competência originária do Juízo da 1ª instância para os Tribunais de Justiça Estaduais - Competência constitucionalmente garantida aos tribunais estaduais. - No permissivo do artigo 97 da CF/88, a Corte Superior do TJMG, por unanimidade, declara, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 10.628/02, que alterou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, transferindo a competência originária do Juízo de 1ª instância para os Tribunais de Justiça Estaduais, para julgar atos de improbidade administrativa atribuídos aos agentes políticos, alterando indevidamente a competência prevista no art. 125, § 1º, da CF c/c o artigo 106, I, da Constituição Estadual de Minas Gerais (Incidente de Inconstitucionalidade nº 401472-0, Relator Des. Orlando Carvalho, acórdão publicado em 17.12.03).

Assim, ainda com referência à competência para o julgamento do presente feito, o eminente plantonista Des. Antônio Hélio Silva assim se manifestou:

> Em relação à competência para julgamento do feito, existe precedente da Corte Superior deste Tribunal, cujo voto é de nossa lavra, assim como diversos outros julgados do mencionado órgão, no sentido de não haver prerrogativa de função nas ações civis públicas, tendo sido declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do CPP, com a redação dada pela Lei 10.628/02. Dessa forma, a competência dos Tribunais, e especificamente a competência dos Tribunais de Justiça, é definida pela Constituição Federal e pelas constituições dos respectivos Estados, devendo estas observar o disposto naquela nos termos do art. 125 da CR/88. Portanto, não cabe à lei ordinária suprimir, ampliar ou alterar de qualquer modo tal competência, uma vez que as leis devem disciplinar somente as matérias que lhe são afeitas e sempre nos moldes do que determina a Constituição, o que não se verifica no presente caso. Desse modo, tem-se que a competência para julgamento da referida ação civil pública, no presente caso, é do Juízo de primeiro grau, pelos fundamentos amplamente desenvolvidos no referido julgado.

Contudo, como muito bem ressaltou ainda o eminente Des. Relator de Plantão, também se mostram suficientemente relevantes os fundamentos da agravante, tendo em vista que o agravado não comprovou o receio de dissipação dos bens a ponto de tornar ineficaz o julgamento do feito, caso seja julgado procedente o pedido da ação, não tendo igualmente demonstrado qualquer correspondência entre os bens da agravante e o valor sobre o qual a causa versa, não se justificando, portanto, o bloqueio de todos os bens da agravante; assim, deferiu parcialmente a liminar tão-somente para determinar a suspensão da restrição imposta pela decisão agravada aos bens da agravante.

Ora, possuindo os agravantes bens que capacitam cobrir os prejuízos que forem apurados na presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa caso seja a ação julgada procedente, bem como pelo fato de que o agravado não comprovou o receio de dissipação dos bens a ponto de tornar ineficaz o julgamento do feito, não se justifica que, de imediato, todos seus bens se tornem indisponíveis, uma vez que se trata de empresa de ônibus, que muitas vezes tem que se submeter a concorrências ou qualquer outro tipo de negócio relacionado com o seu ramo de prestação de serviço.

Destarte, razão inexiste para que sejam declarados nulos todos os atos decisórios praticados pelo Juízo da Comarca, uma vez que, tratando-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, a competência para julgar ilícito de responsabilidade administrativa deve ser mesmo do Juiz do local do fato, e não deste egrégio Sodalício. Contudo, entendo que a agravante, possuindo outros bens que garantem a recomposição, caso a ação seja julgada procedente, e não tendo o agravado comprovado o receio de dissipação, não se justifica que todos os seus bens se tornem indisponíveis, razão pela qual ao agravo dou parcial provimento.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Pinheiro Lago* e *Alvim Soares*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

## MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - PROVENTOS INTEGRAIS - INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO - ART. 108, *E*, DA LEI 869/52 - ROL DE DOENÇAS NÃO TAXATIVO - ESTADO DE MINAS GERAIS - LEGITIMIDADE PASSIVA - CONCESSÃO DA ORDEM

**Ementa: Mandado de segurança. Aposentadoria. Invalidez permanente. Proventos integrais. Artigos 36, I, e 287 da Constituição Mineira. Possibilidade. Rol não taxativo do art. 108, alínea *e*, da Lei 869/52 - Incapacidade para o exercício da função.**

**- O rol de doenças contido no artigo 108 da Lei 869/52 não é taxativo, podendo o servidor ser aposentado por moléstia que o incapacite para o exercício da função pública.**

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.04.386192-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Admeir Ribeiro do Valle - Autoridades coatoras: Diretor da Superintendência da Central de Pagamento de Pessoal da Secretaria de Estado do Planejamento e Gestão de MG e Presidente do Ipsemg - 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 REJEITAR PRELIMINAR E CONFIRMAR A

SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2006. - *Alvim Soares* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Alvim Soares* - Conheço do recurso voluntário interposto e do reexame obrigatório, visto que presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Sob os auspícios da assistência judiciária e perante a Quarta Vara da Fazenda Pública e Autarquias desta Capital, a ora apelada Admeir Ribeiro do Valle impetrou o presente mandado de segurança contra ato praticado pelo Diretor da Superintendência da Central de Pessoal da Secretaria de Estado do Planejamento e Gestão e pelo Presidente do Ipsemg - Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais, asseverando que, em 17.07.03, o *Minas Gerais* publicou seu afastamento preliminar à aposentadoria por invalidez, retroativo a 10.05.99; desde tal publicação, a impetrante vem sofrendo descontos em seus vencimentos na ordem de R$ 495,55, a título de "anulação de vencimentos proporcionais"; entendeu a impetrante serem ilegais tais descontos, visto que, ao seu exclusivo talante, faz jus ao recebimento de proventos integrais, uma vez que possui enfermidade incapacitante irreversível; requereu o deferimento de liminar para que se suspendessem os descontos em seus proventos e, ao final, sua confirmação, concedendo-se definitivamente a segurança pleiteada; juntou documentos.

Indeferida a liminar requerida; devidamente notificadas, apenas a segunda autoridade apontada como coatora prestou informações, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva e, meritoriamente, a ocorrência da prescrição qüinqüenal; segundo certificado à f. 55-v.-TJ, o Diretor da Seplag não prestou informações.

A Promotora de Justiça com exercício naquele juízo ofertou parecer às f. 57/62-TJ, opinando pela concessão da segurança; acatando parcialmente o parecer ministerial, o MM. Juiz de Direito *a quo* prolatou a decisão monocrática que se encontra lastreada às f. 63/66-TJ, julgando extinto o processo, sem julgamento de mérito, em face do Presidente do Ipsemg e concedendo a ordem em relação ao Diretor da Seplag, determinando que esta passasse a efetuar o pagamento do valor integral de aposentadoria da impetrante, cessando os descontos que vinham sendo operados.

Inconformado, o Estado de Minas Gerais demonstrou toda sua irresignação através do pleito recursal de f. 69/75-TJ, alegando, em preliminar, ser parte ilegítima na relação processual e, quanto ao mérito, que a patologia causadora da invalidez da impetrante não atende à exigência legal inscrita na Constituição Federal; não foram opostas contra-razões recursais (certidão de f. 75-v.-TJ).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se nos autos à f. 83-TJ, opinando pela confirmação da sentença.

*Data maxima venia*, analisando percucientemente os autos e cotejando a decisão revisanda com as falas produzidas pelas partes, tenho que a r. sentença atritada merece ser integralmente confirmada por esta egrégia Turma Julgadora, visto que deu o exato desate à lide.

Antes de reexaminar a r. sentença de primeiro grau, analisemos a preliminar levantada pelo apelante de ilegitimidade passiva para rechaçá-la, pois, como cabe ao Estado garantir o pagamento do benefício de pensão por morte/aposentadoria e repassar ao Ipsemg os recursos financeiros relativos aos valores necessários ao pagamento dos benefícios previdenciários a que fazem jus os servidores aposentados, perfeitamente justificável sua presença no pólo passivo da presente ação; assim, *permissa venia*, não há falar em ilegitimidade passiva do Estado de Minas Gerais.

Rejeito a preliminar.

Da sabença geral, mormente aqueles que militam no meio jurídico, que o artigo 36, I,

da Constituição do Estado de Minas Gerais assegura ao servidor público afastado de suas funções por invalidez permanente aposentadoria com proventos integrais, *ex vi*:

> Art. 36 - O servidor público será aposentado:
> I - por invalidez permanente, com proventos integrais, quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais, nos demais casos.

O artigo 110 da Lei 869/52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais), por sua vez, preconiza que os proventos da aposentadoria serão integrais quando verificada a sua invalidez para o serviço público; quando inválido em conseqüência de acidente ou agressão, não provocada, no exercício de suas atribuições, ou doença profissional e quando acometido de tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, cardiopatia descompensada, hanseníase, leucemia, pênfigo foliáceo, paralisia, síndrome da imunodeficiência adquirida - Aids, nefropatia grave, esclerose múltipla, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, mal de Paget, hepatopatia grave ou outra doença que o incapacite para o exercício da função pública (artigo 108, alíneas *c*, *d* e *e*).

*Permissa venia*, comungo do entendimento de que o rol de doenças contido no alusivo dispositivo legal não é taxativo, podendo o servidor ser aposentado por moléstia ou outra doença que o incapacite para o exercício da função pública.

Daí, analisando a prova documental trazida aos autos, tenho que a apelada está inapta para o desempenho das atividades dos cargos que exercia; portanto demonstrado seu direito à aposentadoria por invalidez permanente, com proventos integrais.

Em assim ocorrendo, deve o ato sentencial pontificar em sua integralidade, razão pela qual mantenho incólume a decisão guerreada, por seus próprios e jurídicos fundamentos; prejudicado, por via de conseqüência, o recurso voluntário interposto.

Custas, na forma de lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Edivaldo George dos Santos* e *Wander Marotta*.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

**MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - ESTABILIDADE - REQUISITOS - ART. 19 DO ADCT - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PEDIDO POSTERIOR À EXONERAÇÃO - IRRELEVÂNCIA - DIREITO ADQUIRIDO - PRESCRIÇÃO - DECADÊNCIA - NÃO-OCORRÊNCIA - CONCESSÃO DA ORDEM**

**Ementa: Administrativo. Estabilidade. Artigo 19 do ADCT da CF e artigo 29 do ADCT da Constituição Estadual de 1989. Requisitos preenchidos. Direito adquirido que não é atingido pelo seu não-exercício, cujo vigor remanesce.**

**- Preenchidos os pressupostos exigidos pelo art. 19 do ADCT da Carta Constitucional de 1988, defere-se a estabilidade pleiteada pelo servidor público por força dessa regra constitucional, cabendo à Administração apenas lhe declarar o *status* já constituído e incorporado a seu patrimônio, sem qualquer cogitação de prescrição pelo não-exercício do direito em 05 (cinco) anos.**

MANDADO DE SEGURANÇA N° 1.0000.05.428783-4/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: José Maria Nunes - Autoridade coatora: Secretário de Estado do Planejamento e Gestão de Minas Gerais - Relator: Des. WANDER MAROTTA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda o 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2006. - *Wander Marotta* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Wander Marotta* - José Maria Nunes impetrou mandado de segurança em face do Secretário de Estado do Planejamento e Gestão do Estado de Minas Gerais, objetivando o reconhecimento de sua estabilidade como servidor estadual, nos termos do art. 19 do ADCT da Carta de 1988.

Sustenta o impetrante que foi contratado pelo Estado em 1974 e preenche os requisitos elencados no art. 19 do ADCT, tanto que, no dia 18 de maio de 2005, foi declarado estável pela autoridade coatora, ato este ilegalmente tornado sem efeito em 06 de setembro do mesmo ano.

Foi deferida a liminar (f. 29/30).

A autoridade coatora prestou informações às f. 49/54, afirmando que revogou a estabilidade inicialmente deferida por não preencher o impetrante os requisitos exigidos pelo art. 19 do ADCT. Salienta que a estabilidade só foi pleiteada quando já não mais possuía o servidor qualquer vínculo com o Estado e depois de ter decaído de seu direito.

Estabelece o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que:

> Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

O impetrante foi admitido pelo Estado de Minas Gerais em 16.11.74, exercendo a função de Inspetor de Alunos até janeiro de 1978, quando foi promovido para cargo diverso, tendo sido promovido, novamente, em 1986, para o cargo de Agropecuarista V/E. Segundo a certidão de f. 15, trabalhou para o Estado, ininterruptamente, de novembro de 1974 a 08 de fevereiro de 1990, ou seja, por 15 anos, um mês e 22 dias.

Em agosto de 1991, foi novamente contratado pelo Estado para trabalhar na E.E. Carlos Prates como professor de oficina pedagógica. Ali trabalhou até junho de 2004, perfazendo 4.684 dias de efetivo exercício naquela escola (f. 16/19).

Em julho de 2004, o impetrante requereu, administrativamente, que fosse reconhecido seu direito à estabilidade, nos termos do art. 19 do ADTC (f. 20).

O pedido foi inicialmente deferido. Em 18 de maio de 2005, foi publicado ato declarando o postulante "... estável no serviço público estadual, nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da República, ... a partir de 05.10.88" - (f. 21).

Esse ato, entretanto, foi tornado sem efeito em 06 de setembro de 2005, sem qualquer motivação (f. 22).

Ficou cabalmente demonstrado que o requerente possui os requisitos estatuídos no art. 19 do ADCT. Quando da promulgação da CF, exercia funções no serviço público estadual de forma contínua e por período superior ao exigido no referido dispositivo legal, sendo irrelevante o pedido de estabilidade ter sido feito após a exoneração da função que exercia.

Cabe analisar, porém, se, na data do pedido, já havia o servidor decaído do direito de pedir a estabilidade - ou se houve a alegada prescrição.

Data *venia*, não vislumbro a ocorrência de prescrição ou de decadência, pois, quando da promulgação da Constituição, o impetrante

tinha direito adquirido à estabilidade. E tal direito passou a integrar-lhe o patrimônio jurídico, não prescrevendo pelo simples fato de não ter sido exercitado.

A diferenciação entre direito adquirido e exercício do direito vem sendo feita pelo Supremo Tribunal Federal desde o conhecido *leading case* relatado pelo Min. Victor Nunes Leal.

Na lição de Clóvis Bevilaqua:

> Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em conseqüência do não-uso dela, durante um determinado tempo. Não é a falta de exercício do direito que lhe tira o vigor; o direito pode conservar-se inativo, por longo tempo, sem perder a eficácia (*in Código dos Estados Unidos do Brasil comentado.* São Paulo: Paulo de Azevedo Ltda. Ed., 1956, v. I, p. 349).

Direito adquirido é a vantagem jurídica, líquida, certa, lícita e concreta, que a pessoa obtém na forma da lei vigente e que se incorpora definitivamente e sem contestação ao patrimônio de seu titular, não lhe podendo ser subtraída por vontade alheia, inclusive dos entes estatais e seus órgãos.

Implementadas as condições elencadas pelo art. 19 do ADCT quando da promulgação da CF, o impetrante, a partir da edição do texto constitucional, passou a deter o direito à estabilidade - este direito possui natureza de ato jurídico perfeito, fazendo com que o patrimônio jurídico conquistado pelo servidor, à data da promulgação do texto constitucional, encontre-se sob o pálio da imutabilidade, sem que se possa cogitar de prescrição ou decadência.

Preenchidos os pressupostos exigidos pela referida regra, estabilizou-se o impetrante, por força dessa norma constitucional, cabendo à Administração tão-somente declarar-lhe este direito, já constituído e incorporado ao seu patrimônio.

*Mutatis mutandi*:

> Recurso extraordinário. Prescrição. Declaração de estabilidade, com base no art. 177, parágrafo 2º, da Constituição de 1967. Alegação de prescrição qüinqüenal, *ut* art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, recusada. Aquisição da estabilidade, por força de preceito constitucional auto-aplicavel. Incidência imediata às situações existentes. Demanda aforada para obter 'apostila', no título funcional da autora, do direito à estabilidade. À Administração cumpria, tão-só, declarar o direito já constituído. Não há, assim, falar em prescrição da ação para ver declarado o direito de servidor estável adquirido pela autora. Recurso extraordinário não conhecido (STF - RE 110069 / SP - São Paulo - Relator: Min. Néri da Silveira - Julgamento: 20.11.87- Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação: *DJ* de 03.03.89 PG-02520 EMENT VOL-01532-03 PG-00727).
>
> Direito adquirido e ciclo de formação. - A questão pertinente ao reconhecimento, ou não, da consolidação de situações jurídicas definitivas há de ser examinada em face dos ciclos de formação a que esteja eventualmente sujeito o processo de aquisição de determinado direito. Isso significa que a superveniência de ato legislativo, em tempo oportuno - vale dizer, enquanto ainda não concluído o ciclo de formação e constituição do direito vindicado - constitui fator capaz de impedir que se complete, legitimamente, o próprio processo de aquisição do direito (STF - *RTJ* 134/1112 - *RTJ* 153/82 - *RTJ* 155/621 - *RTJ* 162/442, *v.g.*).

Ora, a finalidade do artigo 19 do ADCT foi a de conferir estabilidade àqueles servidores admitidos nos quadros da administração pública direta, autárquica e fundacional por outra forma que não a do concurso.

O impetrante serviu ao Estado, ininterruptamente, de novembro de 1974 a 08 de fevereiro de 1990, ou seja, por 15 anos, um mês e 22 dias. Depois, foi novamente contratado em 1991, trabalhando até junho de 2004. Preenche, pois, todos os requisitos previstos no multicitado art. 19 do ADCT e tem direito adquirido, desde a promulgação da CF, à estabilidade pleiteada.

Pelo exposto, tem ele direito líquido e certo à concessão da ordem pleiteada.

Assim, concedo a segurança, confirmando a liminar deferida à f. 29, para tornar sem efeito o

ato de f. 22, que, por sua vez, tornou sem efeito a declaração de estabilidade do impetrante.

Sem custas ou honorários.

*O Sr. Des. Belizário de Lacerda* - Sr. Presidente. Peço vênia ao eminente Des. Relator para subscrever na íntegra o erudito voto proferido por S. Exª.

*O Sr. Des. Edgard Penna Amorim* - Sr. Presidente. Acompanho integralmente o voto do eminente Relator, permitindo-me, ainda, sugerir a quem de direito a publicação do acórdão do presente julgamento.

*A Sr.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Com o Relator.

*O Sr. Des. Isalino Lisbôa* - De acordo com o Relator.

*O Sr. Des. Alvim Soares* - De acordo com o Relator.

*O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos* - Sr. Presidente. Estou de acordo e endosso as palavras do ilustre Des. Edgard Penna Amorim quanto à publicação.

*Súmula* - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

-:::-

## INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - DANO ESTÉTICO - ERRO MÉDICO - CIRURGIA PLÁSTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - CULPA PRESUMIDA - DEVER DE INDENIZAR - ESTABELECIMENTO DE SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA

**Ementa: Indenização. Erro médico. Clínica. Legitimidade passiva. Cirurgia plástica. Natureza da obrigação. Culpa. Configuração. Dano estético. Dano moral. *Quantum*.**

**- Possui legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, em ação de indenização por danos estéticos, a clínica que cede suas instalações para a realização de cirurgia plástica, emprestando confiança de atendimento ao médico responsável pelo procedimento cirúrgico.**

**- A obrigação assumida por cirurgião plástico tem natureza jurídica de obrigação de resultado, respondendo o médico pelo resultado insatisfatório decorrente do procedimento cirúrgico.**

**- Se o dano estético causou deformidade aparente, deve ser indenizado, assim como o dano moral.**

**Preliminar rejeitada e apelação não provida.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.03.152958-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Clínica Ribeiro de Paula - Apelada: Evanice Rabelo da Costa - Relatora: Des.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2006. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

Assistiu ao julgamento, pela apelante, a Dr.ª Palova Amisses Parreiras.

*A Sr.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte* - Tratam os autos de indenização por danos estéticos e danos materiais, ao argumento de ter a apelada se submetido a cirurgia plástica, realizada nas dependências da apelante, em 9 de julho de 2003.

Afirmou a apelada que, antes de se submeter ao procedimento cirúrgico, questionou o médico responsável acerca da recuperação, e se estaria com boa aparência até a data das festividades do aniversário de sua filha, obtendo resposta positiva.

Acrescentou que a cirurgia ocasionou diversas deformidades em seu rosto, o que lhe causou danos estéticos e materiais.

Requereu indenização por danos estéticos, bem como a indenização por lucros cessantes, representados por pensão mensal.

A r. decisão de primeiro grau, f. 190/198, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a apelante ao pagamento de indenização à apelada pelos danos estéticos verificados, fixados em R$ 10.000,00, bem como ao custeio de cirurgia plástica reparadora e medicamentos.

A apelante pretende a reforma da r. decisão recorrida, argüindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam*.

No mérito, alegou que a responsabilidade médica é subjetiva, sendo indispensável à prova do elemento culpa.

Aduz que os danos são poucos, tendo sido perpetrados por culpa exclusiva da apelada, e não por erro médico.

Afirmou não estarem suficientemente demonstrados os elementos ensejadores da responsabilidade civil, incumbindo à apelada o ônus de provar suas alegações.

Acrescentou que a apelada assumiu o risco da cirurgia, tendo assinado termo de consentimento, informando estar ciente das possíveis complicações.

Insurge-se, outrossim, contra o valor fixado a título de indenização.

A decisão recorrida foi publicada em 2 de agosto de 2005, vindo a apelação em 17 de agosto, dentro do prazo legal, acompanhada de preparo.

Estão presentes os requisitos para conhecimento do recurso.

I - Ilegitimidade passiva.

A apelante argúi preliminar de ilegitimidade passiva, ao argumento de não estar demonstrada a culpa e nem mesmo qualquer elemento de configuração da responsabilidade civil.

Incumbe frisar que a apelante, ao ceder suas instalações para realização da cirurgia, concedeu à apelada a confiança de atendimento em clínica respeitável, agindo com aparência de responsabilidade pelo tratamento ali ministrado.

Este é o entendimento do eg. STJ:

> Civil. Responsabilidade civil. Prestação de serviços médicos. - Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido (STJ, Ac. REsp 138059/MG, 3ª T., Relator Ministro Ari Pargendler, j. em 13.03.01 - unân.).

Também assim decidem os demais tribunais:

> A jurisprudência tem reconhecido que o médico que integra o quadro clínico de um hospital e a pessoa física ou jurídica que mantém o estabelecimento de saúde são respectivamente prepostos e preponente, independentemente de vínculo empregatício (TJSP, 8ª C., Ap., Relator Aldo Magalhães, j. em 22.05.96, *RT* 731/243).

Assim, deve ser reconhecida a responsabilidade solidária da apelante, não havendo falar em ilegitimidade passiva *ad causam*.

Desse modo, rejeito a preliminar.

II - Mérito.

Ressalte-se que a responsabilidade civil do cirurgião plástico é matéria bastante controvertida, por fugir à regra da obrigação de meio, aplicável aos demais profissionais da área médica, havendo obrigação de resultado.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., em artigo denominado "Responsabilidade civil do médico", publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 718, agosto/1995, discorre sobre a natureza jurídica da cirurgia plástica, ponderando que:

> Polêmica é a definição da natureza jurídica da cirurgia estética ou corretiva, quando o paciente é saudável e apenas pretende melhorar sua aparência; diferente da cirurgia reparadora, que corrige lesões congênitas ou adquiridas (Antônio Chaves, Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos, *Rev. Jurídica*, 1597118) (p. 39).

Acrescenta que:

> No Brasil, porém, a maioria da doutrina e da jurisprudência defende a tese de que se trata de uma obrigação de resultado. Assim os ensinamentos de Aguiar Dias e Caio Mário, para citar apenas dois dos nossos mais ilustres juristas (*COAD* I/15; II/10) e os julgados dos Tribunais (Ap. Cív. 163.049-1, 6ª CC, TJSP; Ap. Cív. 90.850, TACivRJ; EI 41/90, TJRJ; Ap. Cív. 338/93, 5ª CC, TJRJ; REsp 10.536-RJ, 3ª T., do STJ). O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente, de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios. (....) Na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos, piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que provoca a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta (p. 39-40).

Entre os doutrinadores pátrios prevalece o entendimento de que, tratando-se de cirurgia plástica, o profissional assume obrigação de resultado, havendo inadimplemento contratual caso a expectativa do paciente não seja alcançada, verificando-se, ao contrário, deformidades físicas.

Outro não é o entendimento jurisprudencial pátrio:

> Civil e processual. Cirurgia estética ou plástica. Obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva). Indenização. Inversão do ônus da prova.
> I - Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não-cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade.
> II - Cabível a inversão do ônus da prova.
> III - Recurso conhecido e provido (STJ, REsp nº 81101/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* de 31.05.99).

> Paciente que, após o ato cirúrgico, apresenta deformidades estéticas. Cicatrizes suprapúbicas, com prolongamentos laterais excessivos. Depressão na parte mediana da cicatriz, em relação à distância umbigo/púbis. Gorduras remanescentes. Resultado não satisfatório.
> - Embora não evidenciada culpa extracontratual do cirurgião, é cabível o ressarcimento. A obrigação, no caso, é de resultado, e não de meio. Conseqüentemente, àquele se vincula o cirurgião plástico. Procedência parcial do pedido, para condenar o réu ao pagamento das despesas necessárias aos procedimentos médicos reparatórios. Dano estético reduzido. Ressarcimento proporcional. Custas e honorários de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (TJRJ, Ap.Cível nº 338-93, 5ª Câmara, Rel. Des. Marcus Faver, *DJ* de 04.06.93).

> A cirurgia plástica, com fins exclusiva ou preponderantemente estéticos, é cirurgia embelezadora, e, por isso, a obrigação não é de meio, e sim de resultado. Na hipótese de o resultado ser negativo e oposto ao que foi convencionado, presume-se a culpa profissional do cirurgião, até que ele prove sua não-culpa ou qualquer outra causa exonerativa. Não obstante o fumar no período pós-operatório possa provocar os danos ocorridos, há necessidade de o réu provar que a cliente fumou, embora houvesse a contra-indicação médica. Prova suficiente. Responsabilidade civil reconhecida (TJRS, Ap.Cível nº 591.055.017, 1ª Câmara, Rel. Des. Tupinambá M. C. do Nascimento, j. em 05.05.92).

Assim, diferentemente dos médicos que realizam tratamento de saúde em pacientes doentes, a quem cabe obrigação de meio, aos cirurgiões plásticos toca obrigação de resultado.

Ressalte-se não ser aplicável a teoria da responsabilidade objetiva aos profissionais da área médica, nem mesmo aos cirurgiões plásticos, ocorrendo quanto a estes, porém, presunção de culpa.

Neste caso, o ônus da prova recai sobre o médico, que deve demonstrar que não agiu com imperícia, imprudência ou negligência, caso o paciente alegue que da cirurgia resultaram danos estéticos, operando-se, pois, a inversão do ônus da prova.

Assim, resta analisar a culpabilidade do profissional responsável pela cirurgia a que se submeteu a apelada.

No caso dos autos, é evidente que a apelada optou por submeter-se a procedimento cirúrgico com finalidade estritamente estética.

Pelos documentos colacionados, mormente as fotografias de f. 22/25, é patente que a cicatrização dos cortes realizados durante o procedimento cirúrgico não se realizou da forma esperada.

Não há dúvidas de que o resultado almejado, que constituía a própria razão de ser do contrato, não foi alcançado.

Aliás, a própria apelante confirma, ao longo da peça de defesa e mesmo da peça de recurso, que o resultado verificado não foi satisfatório, em que pese imputar a culpa à apelada e alegar sua ciência das eventuais complicações.

Ora, para que seja afastada a responsabilidade indenizatória da apelante, é mister que se demonstre, de forma inequívoca, a ausência de conduta culposa do cirurgião, o que não ocorreu no presente caso.

Embora a apelante alegue ter existido culpa exclusiva da apelada, por não ter esta observado os cuidados necessários no período pós-operatório, limitou-se a meras suposições, despidas de fundamentação probatória que demonstrassem os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da apelada (art. 333, II, CPC).

Assim, falece razão à recorrente, que não se desincumbiu satisfatoriamente do *onus probandi* que lhe competia, estando evidente a prestação defeituosa do serviço.

Ademais, não se pode dizer que a apelada tenha assumido os riscos da cirurgia, já que, conforme alhures consignado, a obrigação do médico é de resultado, assumindo este a responsabilidade pela boa prestação do serviço.

Insurge-se a apelante contra o valor fixado a título de indenização pelos danos estéticos verificados.

A indenização por danos morais, dentre os quais se inclui o dano estético, tem dupla finalidade. A primeira é a admoestação do causador do dano, para que não reitere na prática do ilícito, atendendo a uma finalidade pedagógica. A segunda é de compensação pelos transtornos suportados pelo lesado, sem que represente enriquecimento ilícito.

A fixação do *quantum* indenizatório é tarefa cometida ao juiz, devendo o seu arbitramento operar-se com razoabilidade, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico da parte ofendida, o porte do ofensor e, ainda, levando-se em conta as circunstâncias do caso.

Considera-se suficiente e adequada a indenização fixada pelo Juízo *a quo*, tendo restado atendido o escopo pedagógico do instituto da responsabilidade civil, sem se configurar o enriquecimento ilícito da apelada.

Desse modo, impõe-se o não-provimento do apelo.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso apresentado por Clínica Ribeiro de Paula, mantendo íntegra a r. decisão recorrida.

Custas, pela apelante.

*O Sr. Des. Alberto Vilas Boas* - Questão preliminar: carência de ação.

Ponho-me de acordo com a eminente Relatora, porquanto não há prova idônea a atestar que a apelante somente tenha cedido suas instalações para permitir que o médico Luiz Carlos Ribeiro realizasse a cirurgia plástica.

Isso porque evidenciada se mostra a efetiva prestação de serviços mediante a utilização dos recursos médicos colocados à disposição da paciente, tais como, corpo clínico, atendimento médico, sala de cirurgia, medicamentos, entre outros, cujo fornecimento é afeto à própria atividade que a ré desenvolve.

Por isso, já se decidiu que:

> ... a responsabilidade deriva do fato de que os médicos estavam prestando serviços naquelas dependências, nas quais, inclusive, houve internação. Se a autora usufruiu de seus cômodos, laboratórios e médicos que lhe foram colocados à disposição, caracterizada está a efetiva prestação de serviços, abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, donde resulta correta a aplicação do artigo 14 da referida lei, legitimando o hospital a responder aos termos da presente ação (TAPR, AC 137458500, Ponta Grossa, 7ª C.Cív., Rel. Juiz Miguel Pessoa, *DJPR* de 19.05.00 - ementa parcial).

Rejeito a preliminar.

Mérito.

De acordo.

*O Sr. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - BANCA DE REVISTA - MATERIAL INADEQUADO PARA MENOR - ACONDICIONAMENTO DEFICIENTE - AUTO DE INFRAÇÃO - COMERCIANTE - LEGITIMIDADE PASSIVA - MULTA

**Ementa: ECA. Auto de infração. Banca de revista. Legitimidade passiva do comerciante. Material pornográfico. Acondicionamento deficiente. Exegese dos artigos 78 e 79 do ECA.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.03.064606-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Banca Jonathan - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. AUDEBERT DELAGE

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 maio de 2006. - *Audebert Delage* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Audebert Delage* - Trata-se de apelação interposta pela Banca Jonathan contra a r. sentença de f. 41/43, que julgou subsistente o

auto de infração de f. 02, para aplicar à apelante a multa correspondente a três salários mínimos, por infração aos artigos 78 e 79, c/c art. 257 do ECA.

Nas razões recursais acostadas, f. 45, a apelante bate-se por sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação, sendo das editoras o dever de comercializar seus produtos em invólucros que atendam às normas do ECA.

Como relatório, adoto, ainda, o da r. decisão hostilizada, acrescentando que as contra-razões foram regularmente apresentadas. A douta Procuradoria de Justiça, com vista dos autos, manifestou-se, à f. 57, pela desnecessidade de intervenção ministerial no feito.

Conheço do recurso, visto que preenchidos seus pressupostos de admissibilidade.

Tenho que a ilegitimidade passiva defendida pela apelante não se caracteriza. O art. 78 e parágrafo único do ECA dispõem, respectivamente:

> Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.
>
> Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

Com efeito, a disposição do *caput* do artigo obriga que o comerciante, isto é, aquele que disponibiliza o produto para o consumidor final, proceda à comercialização de material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes com a embalagem devidamente lacrada e com advertência de seu conteúdo, enquanto a disposição do parágrafo único, dirigida aos editores, tão-somente obriga a proteção de capas com mensagens pornográficas, ou obscenas, com material opaco.

São duas providências distintas: o lacre e a advertência de conteúdo nas embalagens de todo e qualquer material impróprio a crianças e adolescentes, a cargo dos comerciantes; e a proteção das capas com mensagens ou imagens pornográficas com material opaco, a cargo das editoras.

No caso em exame, é de conhecimento público e notório que as revistas apreendidas - sem acondicionamento adequado - contêm material com apelo erótico e sensual, impróprio ao consumo de crianças e adolescentes, enquadrando-se, portanto, na modalidade prevista no *caput* do artigo 78 do ECA.

Não tendo a apelante cuidado de comercializar as referidas revistas com a embalagem lacrada e com os devidos avisos, inequívoca a sua legitimidade passiva, sendo ainda perfeitamente cabível a aplicação da penalidade prevista no art. 257 do mesmo estatuto, na forma perpetrada pelo MM. Juiz *a quo*, pois nesse caso basta a comercialização do material sem o condicionamento exigido para configurar a infração.

Além disso, a omissão das editoras em providenciar a proteção das capas não exime a apelante (que as comercializa) do devido cuidado com a apresentação das embalagens. Nesse sentido, vários são os precedentes jurisprudenciais, dentre eles a Apelação Cível 1.0024.02.619351-6/001, deste Tribunal de Justiça, da relatoria do Des. Ernane Fidélis, e a Apelação nº 1.0024.02.780610-8/001, da relatoria do Des. Francisco Bueno.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Dárcio Lopardi Mendes* e *Almeida Melo*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - SEGURO - MOTORISTA - FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO - AGRAVAMENTO DO RISCO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO**

**Ementa: Ação indenizatória. Acidente veículo. Seguro. Condutor inabilitado. Agravamento do risco**

**- Restando devidamente comprovado que o acidente ocorreu por imprudência do autor, que, não sabendo dirigir, estava na condução do veículo, configurando sua ação causa determinante do acidente, frente a sua inaptidão, exclui-se a responsabilidade da seguradora.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.286732-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. DOMINGOS COELHO

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1.0024.04.286732-5/001, da Comarca de Belo Horizonte, sendo apelante Indiana Seguros S.A., apelante adesivo Eduardo Eustáquio de Assis e apelados os mesmos, acorda, em Turma, a Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais DAR PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL, PREJUDICADO O ADESIVO.

Presidiu o julgamento o Desembargador Saldanha da Fonseca, e dele participaram os Desembargadores Domingos Coelho (Relator), Antônio Sérvulo (Revisor) e José Flávio de Almeida (Vogal).

O voto proferido pelo Desembargador Relator foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Assistiu ao julgamento, pelo apelante adesivo, o Dr. Getúlio Marcos Barbosa.

Belo Horizonte, 8 de fevereiro de 2006. - *Domingos Coelho* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Domingos Coelho* - Cuida-se de apelações cíveis interpostas por Indiana Seguros S.A. e Eduardo Eustáquio de Assis em face da r. sentença de f. 146/150, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial nos autos da ação indenizatória c/c perdas e danos que o segundo move contra a primeira.

Irresignada, alega a apelante principal que as declarações de f. 76 e 77 são provas idôneas, nos termos do art. 332 do Código de Processo Civil; que o próprio apelado afirma não ser habilitado, sendo que tal fato por si só já leva à inafastável conclusão de que o mesmo não é pessoa apta a conduzir veículo automotor, o que já configura agravamento de risco; que, se é proibida a direção de veículos por quem não é habilitado, por certo que não se pode admitir que as seguradoras sejam obrigadas a indenizar sinistros em que se envolvam condutores inabilitados; que a inaptidão do apelado na condução do veículo contribuiu para o sinistro; que o apelado se utilizou de informações inexatas ao afirmar no questionário de fatores de risco que Airton Rodrigues era usuário e condutor principal do veículo segurado, quando na verdade era apenas um condutor eventual, descumprindo o que prelecionam os arts. 765 e 766 do Código Civil; que lhe seja transferida a propriedade do veículo.

O apelante adesivo aduz que tem direito aos lucros cessantes diante dos prejuízos confessados e provados, que lhe foram ocasionados, tendo ficado sem usar o veículo por cinco meses; que a condenação deverá ser arbitrada dentro do patamar de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Contra-razões às f. 164/196.

Recursos próprios, tempestivos, regularmente processados, preparado o principal e ausente o preparo do adesivo, por litigar o apelante sob o pálio da justiça gratuita. Deles conheço, visto que presentes os pressupostos para sua admissibilidade.

Inicialmente, analisarei o recurso principal.

Analisando com acuidade os documentos colacionados aos autos, verifico que quem estava conduzindo o veículo no dia do acidente era o próprio autor.

Apesar de o boletim de ocorrência narrar outra versão dos fatos, apresentando como condutor do veículo o Sr. Airton Rodrigues, é cediço que este faz presunção *iuris tantum,* podendo assim ser desconstituído.

Ressalto ainda que o BO foi feito bem depois do acidente, quase dois meses após, e quem fez as declarações foi o suposto motorista, Airton Rodrigues, em contradição às declarações de f. 76 e 77, desmerecendo a fé daquele documento.

Dessa forma, os documentos de f. 76 e 77, declarações realizadas pelas pessoas que estavam no veículo quando do acidente, foram categóricos em afirmar que o veículo estava sendo conduzido pelo autor.

Não obstante as impugnações feitas pelo autor quanto à veracidade de tais declarações juntadas pela apelante, não provou serem as mesmas falsas e que os declarantes haviam sido coagidos e induzidos a erro para assinarem o documento.

Ora, é cediço que cumpre àquele que alega a prova dos fatos constitutivos do seu direito.

Além do mais, conforme se observa à f. 76-v., foi reconhecida firma da assinatura do declarante.

Não bastasse, quando das provas orais, nem sequer foi requerida pelo autor a oitiva das pessoas que prestaram as referidas declarações, para comprovar suas alegações.

Assim, restou provado pelo conjunto probatório dos autos que era o autor quem conduzia o veículo quando do acidente.

Com efeito, a controvérsia cinge-se ao fato de o veículo estar sendo dirigido pelo autor, e, tendo em vista que este não possui habilitação para dirigir, estaria operante a cláusula limitativa do seguro.

Contudo, o fato de o segurado não ser habilitado para conduzir veículo excluiu o agravamento de risco, porque a simples inobservância de disposição regulamentar não é suficiente para a caracterização da culpa, sendo que a ausência de habilitação por si só não indica responsabilidade e não isenta a seguradora do pagamento do seguro.

No entanto, para que haja o agravamento dos riscos segurados, não é necessário que o segurado tenha praticado mais de um ato para sua caracterização, mas apenas um capaz de causar o evento danoso, do qual pretende ver-se ressarcido.

No caso vertente, a simples inabilitação do segurado para conduzir veículo, dando causa ao acidente, constitui, sem sombra de dúvida, um agravamento dos riscos, visto que, conforme declaração prestada pelo mesmo, não sabia dirigir, conforme termo de f. 95, que assim dispõe:

> que Airton Rodrigues sempre conduzia o carro para o depoente, porque o depoente não tinha habilitação para dirigir; que também não sabe dirigir (f. 95).

Desse modo, não sabendo dirigir e estando na condução do veículo, provado está que agiu de modo a aumentar os riscos do seguro, tendo contribuído para o acidente frente a sua inaptidão para condução de automóvel.

Assim, de fato, houve o agravamento dos riscos pelo segurado ao se propor a conduzir veículo sem saber dirigir e sem a devida habilitação, tendo agido conscientemente, assumindo o risco dos acontecimentos.

Dessarte, restou devidamente comprovado que o acidente ocorreu por imprudência do autor, que, não sabendo dirigir, estava na condução do veículo, restando configurado que sua ação foi causa determinante do acidente, frente a sua inaptidão, excluindo assim a responsabilidade da seguradora.

Por fim, no que refere ao recurso adesivo apresentado pelo autor, tendo em vista o acolhimento do recurso principal, o mesmo restou prejudicado, motivo pelo qual deixo de analisá-lo.

Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso principal, para reformar a r. sentença, julgando improcedente o pedido inicial, prejudicado o recurso adesivo.

Inverto o ônus de sucumbência.

Custas, pelo apelante adesivo, suspensa sua exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

-:::-

**EMBARGOS DO DEVEDOR - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - DEFENSOR DATIVO - EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE - ESTADO - PAGAMENTO - OBRIGAÇÃO - TÍTULO EXECUTIVO - ART. 10, § 2º, DA LEI ESTADUAL 13.166/99**

**Ementa: Processual civil. Embargos à execução. Título executivo. Honorários advocatícios instituídos em favor de defensor dativo.**

**- Os advogados, quando nomeados para o exercício de tal *munus,* devem ser remunerados pelo Estado, nos termos da Lei 13.166/99, ainda que o ente não tenha sido parte no processo em que foi instituída a verba, tendo em vista que a assistência jurídica integral aos necessitados constitui dever do Estado, nos termos estabelecidos em nossa Carta Magna.**

**- A circunstância de não se ter exaurido a via administrativa não constitui óbice à cobrança judicial dos honorários instituídos em decisão judicial transitada em julgado, tendo em vista que não é válida a jurisdição condicionada, estabelecida por norma infraconstitucional.**

**Recurso provido.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0322.05.978182-1/001 - Comarca de Itaguara - Apelante: Alessandra Assis Campos Oliveira - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: Des. PINHEIRO LAGO

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de março de 2006. - *Pinheiro Lago* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Pinheiro Lago* - Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo.

A questão posta nos autos é de fácil desate, tendo em vista que, por diversas vezes, foi submetida à apreciação deste egrégio Sodalício, formando-se, sobre o tema, indivergente entendimento.

Cuida-se, na espécie, de embargos, opostos pelo Estado de Minas Gerais, à execução que lhe move Alessandra Assis Campos Oliveira, tendo o Juízo *a quo* concluído pela procedência dos pedidos deduzidos na peça de ingresso da presente ação, extinguindo a execução em apenso, ora embargada, na qual se está exigindo crédito consubstanciado em honorários advocatícios arbitrados em favor da embargada, ora recorrente, em sede de ação de execução de alimentos, na qual esta figurou como defensora dativa.

Assevera a recorrente que se desincumbiu de todas as diligências que se lhe impunham no

sentido de receber seu crédito, formulando, inclusive, solicitação administrativa do pagamento, asseverando, ainda, que não é imperioso o requerimento prévio à repartição fazendária, visando ao pagamento dos honorários arbitrados em favor do defensor dativo. Alega que a Lei Estadual nº 13.166/99 e o Decreto nº 42.718/02 reconhecem eficácia de título executivo à certidão emitida pelo Juiz e que os dispositivos das referidas normas legais seriam inócuos caso fosse exigida a presença do Estado nos processos em que o Juiz nomeasse defensor dativo.

A princípio, importa destacar que a circunstância de não ter sido exaurida a via administrativa, conforme preceitua a norma do art. 10 da Lei nº 13.166/99, não constitui óbice intransponível à cobrança judicial dos honorários estipulados em prol de advogado nomeado como defensor dativo, a quem se atribuiu tal mister pela inexistência de Defensoria Pública na comarca.

O exaurimento da via administrativa, com a certificação do valor dos honorários arbitrados à repartição fazendária, não constitui condição da execução de título regularmente formado, nem é válida a jurisdição condicionada, estabelecida por norma infraconstitucional, em detrimento da garantia prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que assim dispõe, *in verbis*: "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

De outro norte, também não merece subsistir o argumento de que, para a viabilidade da execução, o Estado, obrigatoriamente, deveria ter sido parte no processo em que a verba honorária foi arbitrada, tendo em vista que a nomeação de defensor dativo, por juiz, decorre da ineficiência estatal em ofertar à integralidade dos jurisdicionados defensoria pública. Ademais, tal nomeação é levada a efeito em nome do Estado.

Restou incontroversa, na espécie, porquanto devidamente certificada nos autos, a prestação do serviço pela embargada, ora recorrente, bem como a instituição, em seu favor, de verba honorária.

O documento, cuja cópia se encontra acostada à f. 14 dos autos em apenso, constitui título executivo, a teor do que estabelece a norma do art. 24 da Lei Federal nº 8.906/94 e do § 2º do art. 10 da Lei Estadual nº 13.166/99, não tendo sido tal documento infirmado pelo executado, que também não logrou comprovar o pagamento dos honorários na via administrativa.

Nossa Carta Magna estabelece, em seu art. 5º, inciso LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; assim, pode-se concluir que os serviços prestados por defensor dativo não beneficiam apenas o juridicamente necessitado, mas toda a sociedade, ante a lacuna de prestação direta da assistência judiciária pelo Estado.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido, sem qualquer distinção, quanto à situação econômica do réu defendido por advogados dativos, que a remuneração pela prestação desse serviço compete inevitavelmente ao Estado, se os serviços foram por ele solicitados.

Também é certo que a Defensoria Pública estadual não apresenta estrutura e condições suficientes para atendimento a todos os casos ocorrentes na vastidão de nosso Estado. Portanto, não raras vezes, os juízes solicitam a colaboração de advogados dativos.

Os trabalhos da exeqüente, ora recorrente, foram realizados de boa-fé, sendo úteis ao Estado, razão pela qual se revela completamente descabido obstar-lhe o recebimento dos honorários instituídos em seu favor, visto que não é dado à Administração locupletar-se de tal forma.

A propósito, trago à colação coadunável aresto do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> Processual civil. Honorários advocatícios. Processo-crime. Defensor dativo. Sentença que fixa os honorários. Título executivo judicial. - 1. A verba fixada em prol do defensor dativo, em nada difere das mencionadas no dispositivo legal que a consagra em proveito dos denominados 'Serviços Auxiliares da

> Justiça' e que consubstanciam título executivo (art. 585, V, do CPC). - 2. A fixação dos honorários do defensor dativo é consectário da garantia constitucional de que todo o trabalho deve ser remunerado, e aquele, cuja contraprestação se encarta em decisão judicial, retrata título executivo formado em juízo, tanto mais que a lista dos referidos documentos é lavrada em *numerus apertus*, porquanto o próprio Código admite 'outros títulos assim considerados por lei'. - 3. O advogado dativo, por força da lei, da jurisprudência do STJ e da doutrina, tem o inalienável direito aos honorários, cuja essência se corporifica no título judicial que não é senão a decisão que os arbitra. - 4. É cediço que o ônus da assistência judiciária gratuita é do Estado. Não havendo ou sendo insuficiente a Defensoria Pública local, ao juiz é conferido o poder-dever de nomear um defensor dativo ao pobre ou revel. Essa nomeação *ad hoc* permite a realização dos atos processuais, assegurando ao acusado o cumprimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. - 5. A indispensabilidade da atuação do profissional do Direito para representar a parte no processo gera ao defensor dativo o direito ao arbitramento de honorários pelos serviços prestados, cujo ônus deve ser suportado pelo Estado. (Precedentes do STF - RE 222.373 e 221.486). - 6. Recurso desprovido (REsp nº 602.005, Relator o Ministro Luiz Fux, *DJ* de 26.04.04, p. 153.)

Colaciono, ainda, por coadunáveis, arestos deste egrégio Tribunal, em hipóteses que guardaram idêntica similitude à aqui versada, demonstrando o indivergente entendimento jurisprudencial sobre o tema, senão vejamos:

> Execução de honorários advocatícios. Defensor dativo nomeado judicialmente. Certidão extraída da Secretaria do Juízo. Título executivo. - Comprovado o trânsito em julgado da sentença proferida na causa em que a exeqüente atuou como advogada dativa para patrocinar o interesse de pessoas carentes e comprovada a ausência de pagamento dos honorários que foram arbitrados na respectiva ação judicial, a certidão expedida pela Secretaria do Juízo tem eficácia de título executivo, nos termos do artigo 10, § 2º, da Lei Estadual nº 13.166/99, independentemente do exaurimento da via administrativa (Processo nº 1.0322.05.978183-9/001; Rel. Des. Eduardo Andrade; *DJMG* de 17.02.06).

> Embargos à execução. Título executivo. Honorários advocatícios de defensor dativo. Exaurimento da via administrativa. Desnecessidade. Obrigação do Estado pelo pagamento. - O fato de não ter acionado ou exaurido a via administrativa não impede a cobrança judicial dos honorários fixados para o advogado dativo, ainda mais considerando a inexistência de Defensoria Pública na comarca, não sendo, portanto, o exaurimento de tal via condição para executar título regularmente formado, nem é válida a jurisdição condicionada, estabelecida por norma infraconstitucional (Processo nº 1.0322.05.978195-3/001; Rel. Des. Antônio Hélio Silva; *DJMG* de 07.02.06).

> Processual civil. Embargos à execução. Ausência de defensor público na comarca. Honorários devidos a defensor dativo nomeado. Certidões. Títulos executivos judiciais. Configuração. Responsabilidade estatal. Embargos rejeitados. Recurso improvido. - 1. A certidão emitida nos termos da Lei nº 13.166/99 (art. 10, § 2º) constitui título executivo. Como tal pode ser infirmada segundo as regras processuais, por quem tem o ônus de provar seus eventuais vícios. - 2. É do Estado a responsabilidade pelos honorários fixados pelo juiz que nomeia advogado, *ad hoc*, para a função de defensor dativo (Processo nº 1.0472.05.007151-4/001; Rel. Des. Nepomuceno Silva, *DJMG* de 28.10.05).

> Processo civil. Execução. Título executivo. Honorários advocatícios. Defensor dativo. Via administrativa. Exaurimento. Estado. Pagamento. Obrigação. Enriquecimento sem causa. - O exaurimento da via administrativa não constitui condição da execução de título regularmente formado, nem é válida a jurisdição condicionada, estabelecida por norma infraconstitucional, em detrimento da garantia prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. O Estado não pode abster-se de pagar os honorários advocatícios judicialmente arbitrados para o defensor dativo, em decorrência dos serviços profissionais prestados a litigante carente, mediante nomeação, uma vez que a ordem jurídico-constitucional rechaça o enriquecimento ilícito do ente público em detrimento do particular. A eqüidade, como princípio geral de direito, impede que se espolie o trabalhador pela negação da contraprestação justa (TJMG, Processo nº 1.0322.05.978194-6/001, Rel. Des. Almeida Melo, *DJMG* de 17.01.06).

Defensor dativo. Honorários advocatícios. Execução. Exaurimento da via administrativa. Desnecessidade. - Advogado que, não sendo defensor público, é nomeado pelo juiz da causa para assistir a parte necessitada, na inexistência, ausência ou impedimento do membro da Defensoria Pública, faz jus aos honorários que devem ser pagos pelo Estado, consubstanciando a decisão que os fixou título executivo judicial, apto a aparelhar a ação executiva, independentemente do exaurimento da via administrativa (Processo nº 1.0084.05.930952-0/001, Rel. Des. Duarte de Paula, *DJMG* de 28.10.05).

Execução contra a Fazenda Pública. Embargos. Honorários advocatícios. Advogado nomeado defensor. Título executivo. Lei estadual. Embargos rejeitados (Apelação Cível nº 1.0472.04.003747-6/001, Relator: Desembargador Audebert Delage, *DJ* de 14.06.05).

Estado de Minas Gerais. Embargos do devedor. Defensor dativo. Quantias cobradas. Certidões. Títulos executivos judiciais. Recurso a que se nega provimento.
- 1. A certidão emitida de acordo com a Lei nº 13.166/99 possui eficácia de título executivo, de acordo com o artigo 10, § 2º, do mesmo diploma. E, como tal, de acordo com os ditames processuais pátrios, pode ser infirmada pelo executado, que passa a deter o ônus de provar que a certidão não teria sido emitida de acordo com os comandos da referida lei.
- 2. É do Estado a responsabilidade pelo pagamento de honorários fixados pelo juiz, quando este designa e nomeia advogado para a função de defensor dativo, conforme preceitua o artigo 272 da Constituição do Estado de Minas Gerais, que é auto-aplicável, principalmente considerando o caráter alimentar da verba honorária.
- 3. Recurso a que se nega provimento (Processo nº 1.0472.04.003603-1/001, Rel. Des. Célio César Paduani; *DJMG* de 02.03.05).

Com tais considerações, provejo o recurso aviado para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na peça de ingresso dos presentes embargos, determinando o prosseguimento da ação executiva, em seus ulteriores atos, invertendo, ainda, os ônus sucumbências.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Alvim Soares* e *Edivaldo George dos Santos*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

## EXECUÇÃO FISCAL - BEM PENHORADO - ALIENAÇÃO - TENTATIVAS FRUSTRADAS - LEILOEIRO PÚBLICO - CREDOR - INDICAÇÃO - UTILIDADE - MENOR ONEROSIDADE - ART. 706 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**Ementa: Agravo de instrumento. Ação de execução fiscal. Alienação de bem penhorado. Tentativas anteriores frustradas. Indicação de leiloeiro público pela credora. Regularidade. Recurso provido.**

**- A execução deve orientar-se pelos princípios da utilidade da execução para o credor e da menor onerosidade para o devedor. A indicação, pela credora, de leiloeiro público, frustradas as tentativas anteriores de alienação do bem penhorado, atende aos dois princípios mencionados e encontra amparo legal no art. 706 do CPC.**

**Agravo de instrumento conhecido e provido.**

AGRAVO N° 1.0338.02.007164-7/001 - Comarca de Itaúna - Agravante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Agravada: Eduardo Luiz de Oliveira e Cia. Ltda. - Relator: Des. CAETANO LEVI LOPES

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2006. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Caetano Levi Lopes* - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

A agravante insurge-se contra a r. decisão trasladada à f. 101-TJ, que indeferiu indicação de leiloeiro oficial.

A agravante está movendo ação de execução fiscal contra a agravada. Houve penhora de um veículo, e, apesar de várias tentativas, o bem não encontrou licitante para ser alienado. Foi, então, formulado o pedido que restou indeferido. A recorrente entende que seu pleito encontra amparo no art. 706 do CPC e no art. 11, § 3º, da Lei nº 6.830, de 1980.

A digna Julgadora de primeiro grau, no ofício de f. 125/126-TJ, historiou detalhadamente as tentativas infrutíferas para tentar a alienação do bem. Esses os fatos.

Em relação ao direito, sabe-se que a execução é feita em benefício do credor, porque o processo é satisfativo. Portanto, deve trazer uma real utilidade para ele, não podendo ser adotada como instrumento de sacrifício para o devedor. Sobre o tema ensina Humberto Theodoro Júnior:

> Princípio da utilidade da execução.
>
> Expressa-se esse princípio através da afirmação de que 'a execução deve ser útil ao credor' [Lopes da Costa], e, por isso, não se permite sua transformação em instrumento de simples castigo ou sacrifício do devedor.
>
> Em conseqüência, é intolerável o uso do processo executivo apenas para causar prejuízo ao devedor, sem qualquer vantagem para o credor.
>
> Mas deve ser efetivada de modo a causar o mínimo possível de onerosidade para o devedor (*Curso de direito processual civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. II, p. 11).

Ora, a indicação de leiloeiro oficial atende não só ao princípio da utilidade - a satisfação da agravante - quanto ao da economia ou menor onerosidade, porque o profissional, sem dúvida, tem condições não só para alienar, mas, ainda, conseguir preço muito melhor do que, eventualmente, iria ocorrer se houvesse licitante nas dependências do fórum. Ademais, o art. 706 do CPC confere mesmo direito ao credor de indicar o leiloeiro público.

Portanto, tem razão a agravante em seu inconformismo.

Com esses fundamentos, dou provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão agravada e deferir a indicação de leiloeiro público, formulada pela agravante na peça trasladada às f. 94/95-TJ.

Custas, pela agravada.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Nilson Reis* e *Jarbas Ladeira*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - TERRENO URBANO - AUSÊNCIA DE REGISTRO - TERRA DEVOLUTA - INEXISTÊNCIA DE PROVA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO**

**Ementa: - Não existe, em nosso ordenamento jurídico, a presunção de que o imóvel que não contém registro no cartório competente pertença ao Estado, cabendo a este demonstrar, por meio de provas seguras, que aquele seja devoluto.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0476.04.000362-8/001 - Comarca de Passa-Quatro - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: José Carlos dos Santos e sua mulher; Indústria Papéis Embalagens Irmãos Siqueira Ltda. representada por curador especial - 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, 24 de janeiro de 2006. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos* - Presentes os pressupostos próprios de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Cuidam os autos de ação de usucapião "de um terreno urbano, de forma irregular, situado na rua Olinto Orsini, bairro Nova Copacabana" na cidade de Passa-Quatro/MG, "com área de 342 (trezentos e quarenta e dois) metros quadrados" (f. 02), imóvel este que, segundo os autores José Carlos dos Santos e Abeas Pereira dos Santos, "desde os idos de 1973", está sob sua "posse mansa, pacífica e ininterrupta".

Após devidamente processada a ação, sobreveio a sentença de f. 49, pela qual restou julgada procedente a ação de usucapião extraordinário requerida por José Carlos dos Santos e sua esposa Abeas Pereira dos Santos, "para declarar o domínio dos requerentes sobre a área descrita no memorial de f. 40, tudo de conformidade com os preceitos dos arts. 1.238 e seguintes do Código Civil".

Inconformado, o Órgão Ministerial interpôs recurso às f. 50/52, pretendendo a reforma da decisão primária ao argumento de que, "quando um bem imóvel não se encontra registrado no Cartório de Imóveis em nome de particular, presume-se ser uma terra devoluta, ou seja, um bem público" (f. 51); e, portanto, considerando que "os bens públicos não são usucapíveis", pede "seja dado provimento ao (...) recurso, sendo reconhecida a impossibilidade jurídica ou a improcedência do pedido" (f. 52).

Como se vê das razões recursais, parte o apelante da premissa de que, não havendo registro do imóvel objeto do pedido de usucapião, pertence o mesmo ao domínio público, pelo que é insuscetível de ser adquirido pela via eleita.

Entretanto, como já assentado por esta Turma Julgadora quando do julgamento da AC nº 1.0411.01.001.936-1/001, da Comarca de Matozinhos, em que funcionei como Relator, não existe essa presunção na qual se escuda o ora apelante, conforme, aliás, entendimento emanado do excelso Supremo Tribunal Federal, que assim já decidiu, conforme citação realizada pelo i. Des. Almeida Melo no julgamento da AC nº 198.279-2:

> Inexiste em favor do Estado a presunção *iuris tantum* que ele pretende extrair do art. 3º da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Esse texto legal definiu, por exclusão, as terras públicas que deveriam ser consideradas devolutas, o que é diferente de declarar que toda gleba que não seja particular é pública, havendo presunção *iuris tantum* de que as terras são públicas. Cabia, pois, ao Estado o ônus da prova de que, no caso, se tratava de terreno devoluto (RE nº 86.234/MG, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 83/575).

No mesmo sentido, tenha-se o seguinte precedente do eg. Superior Tribunal de Justiça:

> Civil. Usucapião. Alegação pelo Estado de que o imóvel constitui terra devoluta. - A ausência de

> transcrição no Ofício Imobiliário não induz à presunção de que o imóvel se inclui no rol das terras devolutas; o Estado deve provar essa alegação. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial não conhecido (3ª T., REsp nº 113.255/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 10.04.00, *DJ* de 08.05.00).

Acerca do tema, tenho por oportuno citar, ainda, os seguintes precedentes relatados pelo caro Des. Wander Marotta:

> Usucapião extraordinário - Alegação de ser o imóvel formado por terras devolutas - Ausência de prova - Ação discriminatória de terras devolutas julgada improcedente - Coisa julgada. - O simples fato de o imóvel não possuir registro não gera a presunção de que se trata de terra pública. Os Tribunais têm, reiteradamente, afastado a presunção *juris tantum* de devolutividade das terras, pois cabe ao Estado o ônus de fazer prova do que alega. Provada a posse vintenária, mansa e pacífica, com *animus domini*, e presentes na petição inicial os limites e confrontações, bem como o memorial descritivo e o mapa, tornando precisa a área usucapienda, é de declarar-se o domínio pelo usucapião. Já tendo sido a questão da devolutividade do imóvel julgada por ação discriminatória de terras devolutas, faz-se coisa julgada em relação ao tema (AC nº 300.655-8/00, Comarca de Vazante, j. em 17.02.03).

> Usucapião - Imóvel adéspota - Alegação de que o terreno é bem público, pertencente a loteamento - Ausência de prova cabal do fato. - As terras que não são da União, do Estado, do Município ou de particulares são imóveis sem dono, terrenos adéspotas, que podem ser objeto de posse e, portanto, suscetíveis de serem usucapidos. Cabe ao Município a prova da propriedade se alega serem suas as terras pretendidas por particular. Provada a posse mansa e pacífica, por mais de 25 anos, com *animus domini*, e presentes, nos autos, os limites e confrontações do imóvel, além do mapa e do memorial descritivo, de modo a tornar precisa a área usucapienda, é de declarar-se o domínio pelo usucapião (AC nº 1.0145.94.004455-8/001, Comarca de Juiz de Fora, j. em 13.04.04).

No mesmo sentido já decidiu a 5ª Câmara Cível desta Casa, Relatora a i. Des.ª Maria Elza:

> Usucapião - Interesse do Estado - Terras devolutas - Ausência de prova - Reconhecimento da prescrição aquisitiva. - O Estado, ao manifestar interesse em ação de usucapião, deve demonstrar que as terras objeto da demanda são devolutas, tal como defendido por ele. Entretanto, não podem assim ser consideradas aquelas que passaram a integrar o domínio do particular por qualquer título legítimo que, no caso presente, constitui-se em sentença judicial transitada em julgado (AC nº 275.630-2/00, Comarca de Vazante, 5ª CC, 17.10.02).

Dessa forma, considerando que a prova testemunhal colhida às f. 47/48 revela a posse mansa e pacífica dos autores, com ânimo de donos, pelo lapso temporal exigido, sobre o imóvel antes referido, fato este, aliás, que nem sequer foi abordado pelo apelante em suas razões recursais, têm eles o direito de ver reconhecida a prescrição aquisitiva, ao passo que o Estado não logrou êxito em comprovar que aquele imóvel seja devoluto ou lhe pertença, mas, ao contrário, pelo que se percebe de f. 54/57, expressamente salientou

> que o imóvel em referência e descrito na ação de usucapião não se encontra inscrito no patrimônio estadual, segundo informação da Secretaria de Estado do Planejamento e Gestão, conforme cópia em anexo.

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Wander Marotta* e *Belizário de Lacerda*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA - SUICÍDIO - PREMEDITAÇÃO - SEGURADORA - ÔNUS DA PROVA - INQUÉRITO POLICIAL - PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO - TESTEMUNHA - PROVA EXCLUSIVA - SENTENÇA - PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO - VIOLAÇÃO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO**

**Ementa: Seguro. Inquérito policial. Contraditório. Suicídio premeditado. Ônus da prova.**

**- O inquérito policial é procedimento investigatório de natureza administrativa. Não se presta a dar suporte probatório absoluto de um fato, até porque não observa o contraditório e a ampla defesa.**

**- Não havendo prova no sentido de que o suicídio foi premeditado, impõe-se o pagamento da verba indenizatória. A prova da premeditação é ônus da seguradora.**

**Recurso provido.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0015.04.021578-0/001 - Comarca de Além Paraíba - Apelantes: Maria Aparecida Garcia Monteiro e outros - Apelada: Nationwide Marítima Vida Previdência S.A. - Relator: Des. ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 4 de abril de 2006. - *Roberto Borges de Oliveira* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Proferiu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Landulfo de Oliveira Ferreira.

*O Sr. Des. Roberto Borges de Oliveira* - Cuida-se de ação de cobrança ajuizada por Maria Aparecida Garcia Monteiro, Itamar Monteiro Filho, Jorge Monteiro e José Monteiro em desfavor de Nationwide Marítima Vida e Previdência S.A., em face de suicídio cometido por Itamar Monteiro em 08.03.04.

Adoto o relatório da sentença e esclareço que o MM. Juiz rejeitou a aplicação do novo Código Civil à hipótese em exame e julgou improcedente o pedido exordial, ao fundamento de que o suicídio foi premeditado. Condenou os suplicantes no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitrou em 10% sobre o valor da causa, tudo suspenso nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50 (f. 165/170).

Inconformados, os apelantes alegam que a sentença utilizou, como prova da premeditação do suicídio, tão-somente os depoimentos de testemunhas colhidos em inquérito policial, o que constitui violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Aduzem, também, que a apelada não demonstrou que o suicídio foi premeditado, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 333, II, do CPC.

Postulam o provimento do recurso, com a anulação ou, alternativamente, a reforma da r. sentença fustigada, com a condenação da apelada no pagamento da indenização prevista na apólice.

Devidamente intimada, a apelada apresentou suas contra-razões (f. 182/192).

Conheço do recurso.

Assiste razão aos apelantes quando alegam que a sentença utilizou, como prova da premeditação do suicídio, tão-somente os

depoimentos de testemunhas colhidos em inquérito policial, o que constitui violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Isso porque o inquérito policial é expediente administrativo e inquisitorial, no qual não há defesa, visto que os indiciados não são sujeitos de direito, mas sim objeto de investigação. Ademais, é cediço que as provas policiais devem ser confirmadas em juízo, para que as mesmas passem pelo crivo do contraditório, permitindo-se a ampla defesa, tal como prevê o art. 5º, LV, da CF/88, *in verbis:*

> 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 eles inerentes.

Neste sentido, inclusive, já se posicionaram os tribunais pátrios:

> a) Direito Civil e Processual Civil. Ação autônoma de busca e apreensão de veículo. Transferência de propriedade.
> - 1. (...)
> - 2. O inquérito policial é procedimento investigativo de natureza administrativa. Não se presta a dar suporte probatório absoluto do fato, até porque não observa o contraditório e a ampla defesa.
> - 3. Apelo conhecido e não provido. Unânime. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Processo: Apelação Cível 20010710027326APC DF. Acórdão: 167182. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível, Data: 28.10.02. Relator: Waldir Leôncio Junior. Publicação: *Diário da Justiça do DF*: 19.02.03, p. 40 - *JUIS-Jurisprudência Informatizada Saraiva*. Edição nº 34. 4º Trimestre de 2003. Destacamos).

> b) Responsabilidade civil. Danos morais. Ausência de provas judiciais de que o requerido agiu ilicitamente. - A sindicância ou o inquérito é simples procedimento de aferição do noticiado ato ilícito. No inquérito, limita-se a autoridade policial a apurar sumariamente a veracidade dos fatos alegados, mas esta apuração necessita ser corroborada em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, inexistentes na fase inquisitorial. (...). (Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Acórdão: 340758-9. Apelação Cível. Ano: 2001. Comarca: Ipatinga. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Relator: Juiz Brandão Teixeira. Data de julgamento: 13.09.01. v.u. - *JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva*. Edição nº 34. 4º trimestre de 2003.)

> c) Processual Penal. *Habeas corpus*. Sentença condenatória que se baseia em provas produzidas exclusivamente na fase do inquérito policial. Nulidade.
> - (...)
> - Dentre os princípios constitucionais penais merecem destaque o contraditório, o devido processo legal e ampla defesa, os quais vedam que alguém seja condenado com base em provas exclusivamente produzidas na fase do inquérito policial.
> - Não tem validade a sentença condenatória baseada apenas em provas produzidas na fase do inquérito, sendo uniforme o pensamento de que as provas requeridas nessa fase devem ser ratificadas em juízo, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.
> - Recurso ordinário provido. (R*HC* 10456/GO (200000920606). 407276 Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Relator: Ministro Vicente Leal. Data da decisão: 20.09.01. Fonte: *DJ*, data: 15.10.01 PG: 00299. v.u. - *JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva*. Edição nº 34. 4º trimestre de 2003.)

Por outro lado, é certo que não foi produzida, nos autos, sob o manto do contraditório, qualquer prova que, eventualmente, pudesse demonstrar a premeditação do suicida, ônus que cumpria à apelada, nos termos das lições jurisprudenciais que seguem:

> Seguro de vida e/ou acidentes pessoais - Indenização - Suicídio - Premeditação do ato - Demonstração - Ausência - Cláusula de exclusão - Irrelevância - Involuntariedade caracterizada - Cabimento - Exegese da Súmula 105 do Supremo Tribunal Federal.
> - Seguro de vida. Suicídio do segurado e recusa da seguradora no pagamento da indenização. Ação de cobrança julgada improcedente. Cláusula de exclusão da garantia para morte decorrente de suicídio. Invalidade. Súmula 105 do Supremo Tribunal Federal. Ausência de prova de que tenha ocorrido suicídio premeditado. Súmula 61 do Superior Tribunal de Justiça. Ônus probatório a cargo da seguradora. Falta de demonstração de que

> o segurado tenha feito o seguro com objetivo de assegurar materialmente a companheira. Indenização devida. (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Ap. c/ Rev. 639.718-00/0 - 8ª Câmara - Rel. Juiz Kioitsi Chicuta - j. em 15.08.02. Fonte: *JUIS-Jurisprudência Informatizada Saraiva*. Edição nº 34. 4º trimestre de 2003. Destacamos.)

E, ainda:

> Embargos à execução. Contrato de seguro de vida e acidentes pessoais. Suicídio. Cláusula de exclusão. - Não havendo prova no sentido de haver sido premeditado o suicídio, prevalece a presunção de que involuntário, impondo-se pagamento da verba indenizatória postulada. Exegese das Súmulas 105 do STF e 61 do STJ. Prova da premeditação. Ônus da seguradora que não logrou se desincumbir do respectivo encargo. Sucumbência redimensionda. Apelo provido. Tipo cível. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 00527815NRO-PROC70002694669. Recurso APC. Data: 16.05.02 Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Relatora Marta Borges Ortiz. Origem 15ª Vara Cível. Fonte: *JUIS-Jurisprudência Informatizada Saraiva*. Edição nº 34. 4º Trimestre de 2003. Destacamos.)

Por conseguinte, os apelantes, como beneficiários do seguro contratado pelo *de cujus*, fazem jus à indenização prevista nos certificados de f. 25 e 27, no importe contratado de R$150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais).

Esse valor será corrigido monetariamente, pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça, desde a data da recusa do pagamento, ou seja, do inadimplemento contratual (17.11.04 - f. 26), conforme a lição transcrita por Theotonio Negrão, *in verbis*:

> A correção monetária, no caso de ilícito contratual, é devida desde o efetivo prejuízo, e não a partir da citação (STJ-*RT* 669/200). (...) Faz-se a atualização desde o momento do inadimplemento contratual (STJ-4ª Turma, REsp 803-BA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 10.10.89, por maioria conheceram do recurso e deram-lhe provimento, *DJU* de 20.11.89, p.17.296).

Os juros de mora, por sua vez, incidirão desde a citação (11.04.05 - f. 38/38-v.), senão vejamos:

> Civil e Processual Civil - Acidente de trânsito - Transporte de passageiros - Responsabilidade objetiva - Culpa presumida - Fato de terceiro - Prova - Art. 37, § 6º, da Constituição Federal - Decreto Legislativo 2.681/12 - Danos material e moral - Fixação da verba indenizatória - Juros moratórios - Termo *a quo* - Incidência do art. 1.536, CC - Ilícito contratual - Constituição de capital - Honorários - Denunciação da lide - Procedência da ação e da denunciação.
> - (*Omissis*.)
> - Como se trata de culpa contratual, não compreendida na expressão 'delito' do art. 962 do Código Civil, os juros moratórios (...) são contados a partir da citação, com incidência da norma inscrita no inciso II do art. 1.536 do mesmo Código. (...) (AC nº 335.727-1. Comarca de Belo Horizonte. 4ª C. Cível-TAMG. Rel. Juiz Paulo Cézar Dias, j. em 29.08.01, v. u.).

Os juros serão de 1% ao mês, em face do disposto no art. 406 do Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 11.01.03, *in verbis*:

> Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

O art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, por sua vez, prevê que os débitos com a Fazenda Nacional são acrescidos de juros de 1% ao mês. Tanto assim que um enunciado aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, assim dispôs:

> 20 - Art. 406. A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês. A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio

> conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano.

Dou provimento ao recurso, e condeno a apelada a pagar aos apelantes a importância de R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais), com correção monetária desde 17.11.04 (f. 26), e juros moratórios de 1% ao mês, a partir 11.04.05 (f. 38/38-v.).

Quanto à verba honorária, devida aos patronos dos apelantes, entendo que, em casos como o presente, em que o valor da condenação é elevado, o arbitramento da verba honorária pode ser feito com base no poder discricionário do juiz, que deverá fixar o referido montante de acordo com sua apreciação eqüitativa, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, *in verbis:*

> Art.20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. (...)
> § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

Confira-se, a propósito, a lição de Antônio Carlos Marcato:

> A existência de limites máximo e mínimo poderia gerar situações injustas, pois há demandas de valor excessivamente alto ou muito baixo. (...). Nessa medida, parece razoável possibilitar ao juiz a utilização da eqüidade toda vez que os percentuais previstos pelo legislador determinem honorários insignificantes ou muito elevados (*in Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 107).

Destarte e considerando os balizamentos legais supra, e principalmente a baixa complexidade da demanda e a ausência de produção de provas em audiência (f.163), fixo os honorários de sucumbência em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Custas recursais, pela apelada.

*O Sr. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - De acordo.

*O Sr. Des. Pereira da Silva* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - CONFISSÃO DE DÍVIDA - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - MULTA - JUROS DE MORA - CUMULAÇÃO - CLÁUSULA POTESTATIVA - DANO MORAL - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - SALDO DEVEDOR - CONTA CORRENTE - AMORTIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE**

**Ementa: Revisional de contrato. Comissão de permanência. Taxa não estipulada. Impossibilidade. Indenizatória. Danos morais. Inocorrência.**

**- Por se tratar de cláusula potestativa, a comissão de permanência não pode ser aplicada.**

**- Meros aborrecimentos comuns na vivência diária não geram indenização por dano moral.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.787518-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Banco Itaú S.A. - Apelante adesiva: Aracy Vieira de Almeida - Apelados: os mesmos - Relatora: Des.ª EULINA DO CARMO ALMEIDA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL E NEGAR PROVIMENTO À ADESIVA.

Belo Horizonte, 18 de maio de 2006. - *Eulina do Carmo Almeida* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Sr.ª Des.ª Eulina do Carmo Almeida* - Cuida a espécie de apelos interpostos em virtude da r. sentença, f. 101-111, que, nos autos da ação ordinária de devolução de quantia paga cumulada com rescisão de cláusulas contratuais e danos morais, ajuizada por Aracy Vieira de Almeida em desfavor de Banco Itaú S.A., julgou parcialmente procedente o pleito inicial, nos seguintes termos:

> Isto posto, e o que mais dos autos consta, julgo parcialmente procedente o pedido da ação principal, para condenar a instituição bancária ré a revisar o contrato de confissão de dívida pactuado com a autora, vedando-se a aplicação cumulativa da comissão de permanência com multa e juros moratórios. Ademais, fica a parte ré impossibilitada de descontar do salário da autora as comissões de permanência, multa Credicomp 14/36 e a amortização do saldo devedor; bem como de negativar o nome da autora enquanto não definido o débito em questão, do qual deve ser decotada eventual quantia paga a mais pela correntista - calculada em liquidação de sentença.

Inconformada, recorre a instituição financeira, f. 122-131, enfatizando que não houve cobrança de comissão de permanência cumulada com outros encargos, pugnando por sua manutenção, nos termos pactuados. Aduz ainda que a multa 14/36 especificada na sentença é referente ao atraso no pagamento da parcela nº 14 do contrato de confissão de dívida celebrado entre as partes, devendo ser mantida.

Em relação à impossibilidade de amortização do saldo devedor, informa que este débito decorre da utilização, pela correntista, do limite de crédito disponível em conta corrente, negócio diverso do contrato ora revisado. Requer ao final a reforma da decisão monocrática nos termos acima expostos.

Igualmente irresignada, recorre adesivamente Aracy Vieira de Almeida, f. 144-150, pleiteando a indenização pelos danos morais sofridos e a majoração da verba fixada a título de honorários advocatícios.

Contra-razões às f. 133-142 e 163-169.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Aracy Vieira de Almeida ajuizou ação ordinária de devolução de quantia paga cumulada com rescisão de cláusulas contratuais e danos morais em desfavor de Banco Itaú S.A., julgada parcialmente procedente, ensejando as insurgências em apreço.

Recurso principal.

O banco réu apela, visando à reforma parcial da decisão guerreada, pugnando pela manutenção da comissão de permanência, multa Credicomp 14/36 e a amortização do saldo devedor.

Compulsando os autos, verifico à f. 76 que, na cláusula de nº 10 do contrato firmado entre os litigantes, há expressa previsão de taxa de permanência, no período da mora, espelhando evidente teor potestativo, vedado pelo artigo 115 do Código Civil de 1916 e pelo NCCB, no artigo 122.

A comissão de permanência cumulada com multa e juros de mora não merece guarida, tendo em vista que se presta a atualizar monetariamente as parcelas vencidas e não pagas, uma vez que estas sofrem reajuste por força do contrato, pela incidência do indexador estipulado. Por isso, sobre estas prestações somente devem-se agregar a pena pecuniária e os juros de mora previamente

estipulados na 11ª cláusula do ajuste, não merecendo reparos a sentença neste tocante.

Neste sentido é a jurisprudência:

> A comissão de permanência não pode ser cobrada cumulativamente com juros remuneratórios e multa contratual... (TJMG, 12ª CC, Ap. nº 503943-2, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, j. em 11.05.05).

A decisão *a quo* também deve ser mantida em relação à impossibilidade de desconto da amortização do saldo devedor, na conta corrente da apelante, por não caracterizar um meio legal de cobrança da dívida, pois, em regra, não se autoriza o pedido de retenção de vencimentos do devedor, com o objetivo de compensar dívidas existentes, em vista do caráter alimentar da verba, como dispõe o art. 649, IV, do CPC.

É da jurisprudência:

> Salário - Impenhorabilidade - Débito oriundo de contrato de cheque especial - Utilização de saldo em conta corrente para liquidação ou amortização da dívida - Nulidade da cláusula contratual autorizativa da retenção. - A Constituição Federal, em seu artigo 7º, X, veda a retenção salarial, enquanto o artigo 649, IV, do Código de Processo Civil considera impenhoráveis os vencimentos e o salário, salvo para pagamento de prestação alimentícia. O caráter alimentar dos vencimentos não permite sua retenção para o pagamento de dívida junto ao banco em que o tomador de empréstimo, por força de sua vinculação como servidor público, é obrigado a manter. A cláusula autorizativa de retenção do saldo em conta corrente para liquidação ou amortização de dívida é considerada nula, a teor do artigo 51, IV, do CDC (TJDF, Ap. nº 19980110478259, 1ª Turma Cível, Rel. João Mariosa, j. em 23.02.00).

Quanto à dedução decorrente do contrato litigado, verifica-se que esta não retrata uma imposição da recorrente, traduzindo, sim, a vontade da apelada, que optou por esta modalidade de cobrança quando renegociou a dívida.

Em caso semelhante, tive oportunidade de decidir:

> Revisional de contrato - Empréstimo - Instituição financeira - Opção de desconto em folha de pagamento - Cancelamento - Impossibilidade. - Em sede de ação revisional de contrato, não há falar em cancelamento do desconto das parcelas de financiamento em folha de pagamento, uma vez que essa forma de cobrança não foi imposta pelo banco, mas escolhida pela cliente. (AI 436818-3, j. em 04.03.04.)

Passando ao desconto do encargo denominado "multa Credicomp 14/36", assiste razão ao banco recorrente, pois foi ajustada entre as partes a sua cobrança, diante de um eventual estado de mora da tomadora do empréstimo, sendo certa a regularidade da cláusula contratual que estipula a pena pecuniária pelo inadimplemento, não havendo razão para seu decote.

Diante dessas considerações, dou parcial provimento ao apelo principal.

Recurso adesivo.

Recorre de forma adesiva a Sr.ª Aracy Vieira de Almeida, requerendo o reconhecimento do dano moral por ela suportado.

Não logrou êxito a apelante em demonstrar os argumentos produzidos na exordial, restando desconfigurada a referida lesão.

Vale destacar que o simples aborrecimento não enseja a sua reparação, inexistindo os elementos da responsabilidade civil.

Sobre o tema, Rui Stoco leciona:

> Mas não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, tradição, personalidade, sentimento interno, humilhação, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros. Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência de um dos fenômenos acima exemplificados... De sorte que o mero incômodo, o enfado e desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão do cotidiano não servem para a concessão de

indenizações, ainda que o ofendido seja alguém em que a suscetibilidade aflore com facilidade... (*in Tratado de responsabilidade civil*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, p. 1.381).

É da jurisprudência:

Ementa: Ação anulatória - Danos morais (...) - Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos... (TAMG, 7ª CC, Ap. nº 301729-0, Rel. Juiz Lauro Bracarense, j. em 02.03.00).

Assim, nego provimento ao recurso adesivo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso principal e nego provimento ao apelo adesivo, para alterar a sentença hostilizada no tocante à permanência da cobrança da multa Credicomp 14/36, mantendo o *decisum* no restante.

As partes deverão arcar com os honorários advocatícios e despesas processuais nos termos da decisão vergastada, devendo as custas recursais ser partilhadas no percentual de 50% para cada litigante, suspensas em relação a Aracy Vieira de Almeida em virtude do disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Francisco Kupidlowski* e *Hilda Teixeira da Costa*.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL E NEGARAM PROVIMENTO À ADESIVA.

-:::-

**INVENTÁRIO - ARROLAMENTO - PARTILHA AMIGÁVEL - HERDEIROS - ADVOGADO COMUM - POSTERIOR DISSENSO - PROCEDIMENTO - CONVERSÃO - INVENTARIANTE - SONEGAÇÃO DE BENS - IMPUTAÇÃO INDEVIDA - PRESTAÇÃO DE CONTAS - ART. 991, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**Ementa: Inventário. Apresentação de declarações e oferecimento de esboço de partilha amigável por advogado comum de todos os herdeiros. Posterior dissenso. Imputações indevidas à inventariante de sonegação de bens e indignidade no exercício do encargo. Inocorrência.**

**- Estabelecida a litigiosidade entre os herdeiros, todas as questões controvertidas deverão ser resolvidas no próprio âmbito do inventário, convertendo-se o rito processual. Inexistência de dolo ou outra atitude ensejadora de remoção da inventariante. A prestação de contas se efetivará na oportunidade própria. Pretensões julgadas improcedentes.**

**Apelação improvida.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0034.01.002664-8/001 - Comarca de Araçuaí - Apelante: Janeo Rodrigues da Silva - Apelada: Janete da Silva Penha Krull, inventariante - Relator: Des. JOSÉ FRANCISCO BUENO

**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, 1º de junho de 2006. - *José Francisco Bueno* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. José Francisco Bueno* - Cuida-se de apelação, objetivando a reforma da r. sentença de grau inferior, que julgou improcedentes as pretensões deduzidas pelo recorrente, em face de sua irmã, inventariante dos bens deixados pelo pai de ambos, em que visava à remoção da mesma do *munus* de representar o espólio, em virtude de sonegação de bens deixados pelo *de cujus*, condenando-a à prestação de contas de sua administração, à perda dos direitos sobre os bens sonegados, reivindicando para si a administração da empresa, de que é sócio juntamente com o espólio, e também a inventariança.

Justificando a juntada de documento novo na oportunidade do recurso, sustenta o recorrente, em resumo, ter a inventariante sonegado ao juízo do inventário o recebimento de R$ 45.000,00 correspondentes à venda, ainda em vida, pelo *de cujus*, de uma sorte de terras, além de relacionar dívidas de responsabilidade do espólio inexistentes, desde que a reclamatória trabalhista foi julgada improcedente na primeira e segunda instâncias e a execução, em que o falecido é mencionado como devedor solidário (avalista) não é propriamente de responsabilidade da massa hereditária, porquanto o devedor principal e o outro avalista possuem bens penhoráveis e desonerados, além de haver indícios de que o juízo da execução já se acha seguro por penhora em bens que não pertencem ao espólio, tendo havido apenas expedição de mandado para reforço da constrição; acrescenta que a inventariante apresentou plano de partilha amigável ocultando a condição do recorrente como sócio da empresa e considerando os bens da sociedade como se do espólio fossem, com evidente prejuízo para ele.

Apresenta suas razões e pede provimento.

A contrariedade ao recurso foi oferecida em peça única envolvendo o presente feito e a conexa cautelar, juntada apenas naquela.

Dispensa-se a intervenção ministerial, por versar a lide sobre direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas maiores e capazes.

Do necessário, esta a exposição.

Decide-se:

Conforme relata a r. sentença hostilizada, as declarações da inventariante e o pedido de processamento do inventário sob o rito de arrolamento foram subscritos pelo então patrono comum de todos os herdeiros, sob o pressuposto de que estariam dispostos a proceder à partilha amigável, e, somente depois, foi que o ora recorrente cassou o mandato outorgado àquele causídico e ajuizou a cautelar e a presente ação, estabelecendo-se o dissenso.

É de se presumir, por força da representação inicial de todos os herdeiros por um procurador único, que eles estiveram acordes na partilha amigável, assim como na reserva de dinheiro proveniente do recebimento do produto da venda de imóvel que o falecido fizera ainda em vida, para solver possíveis e incertas obrigações futuras a cargo do espólio representadas por ações (trabalhista e execução) já ajuizadas contra o *de cujus*.

Do mesmo modo, é possível que, de início, estivessem eles acordes em desprezar a sociedade, cuja empresa se achava desativada, para proceder ao inventário dos bens daquela como se do espólio fossem, ainda que tal procedimento fatalmente viesse esbarrar na inviabilidade do registro dos formais de partilha, porquanto o imóvel em que se situa a serraria, ao que parece, estaria registrado como de propriedade da pessoa jurídica.

Conseqüentemente, embora equivocado, aquele consenso inicial sobre a destinação dos bens do espólio, manifestado por procurador comum dos herdeiros, não permite a formação mínima de convencimento de haver a inventariante agido de forma a prejudicar qualquer dos interessados, donde não prosperar a ação de sonegados, que pressupõe dolo, ou seja, o intuito deliberado de fraudar o inventário.

De igual modo e pelos mesmos fundamentos, não ocorre qualquer hipótese para a pretendida remoção da inventariante.

Impõe-se consignar que, instaurada a litigiosidade, superveniente à apresentação de esboço de partilha amigável, essa não prevalecerá, já se tendo determinado a conversão do rito para processamento do inventário na modalidade solene, com apresentação de novas declarações, seguindo-se à apuração de haveres do falecido no patrimônio da sociedade.

Sobre a situação de inatividade da empresa, na época da abertura da sucessão, socorro-me dos argumentos que estou expondo na conexa apelação sobre a cautelar em apenso:

> Quanto à situação fática da inatividade da empresa, ainda que se pudesse acolher a juntada tardia do documento de f. 155 do autos em apenso, ele não contradiz o teor do documento de f. 137-138 destes autos, esclarecendo que a empresa esteve inativa durante todo o ano de 2000 e, como era representante da sociedade junto à Receita o próprio falecido, cujo óbito data de 4 de janeiro de 2001, impõe-se a conclusão de que a serraria estava inativa na data de abertura da sucessão, não se legitimando a tentativa do apelante, após o óbito do pai, de se apossar da mesma, explorando-a sozinho.
> Outra prova da desativação da empresa é a constatação, pelo oficial de justiça, ao proceder à avaliação, f. 122-123, de que 'todas as máquinas acima avaliadas e o veículo Pampa não estão funcionando: algumas por falta de manutenção, outras com problemas tais como falta de peças ou acessórios' (f. 122) e a referência a que a 'casa onde funcionava o escritório da serraria, conforme foto em anexo, e toda a área da mesma, cercada com madeira'.
> Ainda, com relação à empresa, como já dito, o óbito do falecido Aristóteles, em janeiro/2002 alcançou-a desativada e assim esteve, na posse da inventariante, até a entrega das chaves ao recorrente, em fins de abril de 2003.

Com relação ao valor percebido pela inventariante, proveniente da venda de imóvel efetivada ainda em vida pelo *de cujus*, obviamente, constará das novas declarações - e poderiam vir até mesmo na oportunidade do art. 1.011 do CPC -, assim como a participação societária do *de cujus* na serraria, a situação das dívidas e, se necessária, a reserva de bens para suportá-las oportunamente.

Não há, ainda, como prosperar a pretensão de prestação de contas, decorrente de mero capricho do herdeiro dissidente, porquanto isso deverá ser cumprido pela representante do espólio antes de se desincumbir do *munus* (art. 991, VII, do CPC).

Em suma, estabelecido o contencioso e determinada a conversão do rito do inventário, todas as questões controvertidas deverão ser ali resolvidas.

Com essas considerações, nego provimento ao apelo.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Dorival Guimarães Pereira* e *Maria Elza*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**SOCIEDADE COMERCIAL - DISSOLUÇÃO PARCIAL - RETIRADA DE SÓCIO - APURAÇÃO DE HAVERES - BALANÇO - FORMA DE PAGAMENTO - ART. 1.031, *CAPUT* E § 2º, DO CÓDIGO CIVIL - CONTRATO SOCIAL - CLÁUSULA CONTRATUAL - PREVALÊNCIA - ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - RATEIO**

**Ementa: Apelação cível. Dissolução parcial de sociedade. Quebra da *affectio societatis*. Retirada de sócio. Balanço especial. Apuração de haveres. Forma de pagamento. Prazo. Prevalência de cláusula contratual. Pagamento em pecúnia. Artigo 1.031, *caput* e § 2º, do Código Civil de 2002. Ônus sucumbenciais. Rateio. Concordância das partes.**

**- A apuração de haveres em ação de dissolução parcial promovida pelo sócio retirante da empresa, a teor do artigo 1.031, *caput* e § 2º, do atual Código Civil, salvo disposição contratual em contrário, deve ser efetivada através de balanço especialmente levantado, para que se dê da forma mais ampla possível, observando-se, quanto ao prazo de pagamento, a cláusula inserta no contrato social, se houver, e, salvo acordo ou estipulação contratual, será feita em dinheiro.**

**- Pugnando o réu que, ante a ausência de resistência ao pedido, não haverá que se falar em ônus de sucumbência e concordando expressamente o autor, as despesas processuais serão rateadas entre as partes, arcando, cada qual, com os honorários advocatícios de seus patronos.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 2.0000.00.493691-8/000 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Cláudio de Paiva Abreu, MAE - Minas Administradora de Empreendimentos Ltda., Sílvio Lúcio de Araújo, Obregon de Carvalho - Apelados: os mesmos - Relator: Des. OSMANDO ALMEIDA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E DAR PARCIAL PROVIMENTO À SEGUNDA.

Belo Horizonte, 14 de março de 2006. - *Osmando Almeida* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Osmando Almeida* - Cuida-se de ação de dissolução parcial de sociedade mercantil com apuração de haveres proposta por Cláudio de Paiva Abreu, alegando perda da *affectio societatis*, contra Minas Administradora de Empreendimentos Ltda., Sílvio Lúcio de Araújo e Obregon de Carvalho, cujo pedido, ante a concordância dos réus, foi julgado procedente, para

> decretar a dissolução parcial da sociedade ré, com conseqüente retirada do sócio autor, apurando-se seus haveres, estes correspondentes a 25% (vinte e cinco por cento) do patrimônio ativo da empresa, tendo como amparo o último balanço realizado até o trânsito em julgado desta, mediante liquidação por arbitramento, de acordo com o disposto no artigo 606 do Código de Processo Civil, devendo os réus pagar ao autor o valor a ser apurado, em dinheiro, de uma só vez (f. 144/145).

Os requeridos foram ainda condenados ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do disposto no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Foram interpostos embargos declaratórios pelas partes (f. 147/150, 152/156 e 161/164), que restaram rejeitados (f. 157 e 165), após o que, inconformadas, ambas apelaram, sustentando o autor, às f. 166/173, que a determinação de que se encontre o valor patrimonial contábil das quotas a que faz jus deve obedecer ao disposto no artigo 1.031 do novo Código Civil, que determina, em caso de dissolução parcial da empresa, o levantamento de balanço especial.

Afirma que, para verificação da situação patrimonial real da sociedade por ocasião da retirada do quotista, a orientação para a realização de um balanço especial (balanço de determinação) há muito já vinha sendo adotada pela doutrina e jurisprudência.

Requer que, em razão de ter sido determinada a dissolução parcial da mesma sociedade em outra ação, que tramita perante a 13ª Vara Cível da Capital, lhe seja facultada a utilização de laudo pericial eventualmente produzido naquela demanda.

Os réus, por outro lado, insurgem-se contra a condenação ao pagamento de custas

processuais e honorários advocatícios, bem como contra a forma de pagamento dos haveres porventura apurados (f. 176/182).

Aduzem que, pelo fato de não ter havido resistência nem litigiosidade no presente feito, não há que se falar em ônus de sucumbência.

Sustentam que, não havendo previsão contratual nem legal, à época, não há obrigação de que os haveres apurados sejam pagos em dinheiro, muito menos de uma só vez.

Afirmam que a sentença foi omissa com relação ao prazo para pagamento, sendo que o artigo 1.031, § 2º, do novo Código Civil, concede o prazo de noventa dias.

Registram que a r. sentença também se omitiu quanto à nomeação do perito liquidante que deverá proceder ao levantamento do patrimônio líquido social.

Preparos efetuados (f. 174 e 183).

Foram oferecidas contra-razões por ambas as partes (f. 186/189 e 191/196), refutando-se as alegações recursais.

Conheço dos apelos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Primeira apelação.

Prescreve o artigo 1.031 do Código Civil de 2002 que,

> nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-à, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

Com efeito, em se tratando de processos judiciais de dissolução societária, a apuração de haveres do sócio dissidente se processa por meio de um balanço especial, ou balanço de determinação, denominação de uso corrente nos tribunais dada à demonstração contábil que tem por finalidade determinar, através de perícia, a situação líquida patrimonial da sociedade, a valores de mercado, em determinado momento da vida societária.

A jurisprudência pátria, mesmo antes do advento do atual Código Civil, já determinava que, em processos judiciais, a apuração de ativo e passivo deveria dar-se através de balanço especial, considerando-se a universalidade dos bens patrimoniais tangíveis e intangíveis existentes na data do evento, avaliados pelos valores de mercado, e não apenas o balanço social, de fins primordialmente contábeis de apuração de resultados em determinado período.

A esse respeito, os julgados:

> Comercial e Processual. Exclusão de sócio de sociedade limitada por quebra da *affectio societatis.* Apuração dos haveres precedida de verificação física e contábil, com arbitramento e perícia. Matéria de fato. Jurisprudência do STJ. I - Ocorrendo a exclusão de sócio em sociedade limitada por quebra da *affectio societatis*, deve a apuração dos haveres ser precedida de verificação física e contábil (balanço geral - apuração integral).
> II - Matéria de fato - jurisprudência.
> III - Recurso não conhecido (REsp 61321/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJU* de 02.04.2001, p. 284).

> Comercial. Sociedade constituída por sócios diversos. Dissolução parcial. Critério de apuração dos haveres.
> I - Na sociedade constituída por sócios diversos, retirante um deles, o critério de liquidação dos haveres, segundo a doutrina e a jurisprudência, há de ser, utilizando-se o balanço de determinação, como se tratasse de dissolução total.
> II - Precedentes do STJ.
> III - Recurso não conhecido (REsp 35702/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJU* de 13.12.1993, p. 27.454).

> Sociedade comercial. Dissolução parcial.
> I - A ação de dissolução parcial deve ser promovida pelo sócio retirante contra a sociedade e os sócios remanescentes, em litisconsórcio necessário.
> II - Decidindo as instâncias ordinárias inexistir previsão contratual para a retirada motivada, aplica-se a regra do artigo 668 do CPC/39,

em vigor por força do disposto no artigo 1.218, VII, do CPC/73, a fim de ser efetuada a apuração dos haveres na forma determinada na sentença, através de balanço especial e pagamento em uma única parcela.
III - Incluem-se o fundo de comércio e o fundo de reserva instituído pela vontade dos sócios, entre os haveres a serem considerados no balanço especial (REsp 77122/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* de 08.04.1996, p. 10.475).

No mesmo diapasão:

Dissolução parcial de sociedade comercial. Sentença que decreta a dissolução parcial da sociedade e declara que os haveres das sócias retirantes devem ser apurados na época da propositura da ação pelo valor real dos bens (e não pelos valores contábeis) e pagos em 12 parcelas mensais.
1. Apelação dos réus, sócios remanescentes. - (...)
1.3.1 Em processo de dissolução parcial de sociedade comercial, não são as normas contábeis que regulam a apuração de haveres do sócio retirante, pois o balanço contábil tem por finalidade atender à legislação fiscal. Para que se apurem o real patrimônio e os haveres dos sócios excluídos, serão as normas econômicas que irão delimitar a apuração do patrimônio para fins de determinar os haveres de sócio excluído.
1.3.2 A apuração dos haveres dos sócios retirantes há de ser feita da forma mais completa, através de balanço especial que contemple os valores reais e atuais do patrimônio social, nela incluindo o fundo de comércio e fundo de reserva (TAPr, Ap.Cív. 0063516300, Rel. Juiz Borges Carneiro, 1ª C.C., j. em 24.5.94, ac. 4609, publ. 10.6.95). (...) (extinto TAPR, Ap. Cível 0237859-4, Rel. Juiz Marcos de Luca Fanchin, j. em 24.08.2004).

A apuração de haveres de sócio retirante há de ser feita da forma mais completa, através de balanço especial que contemple os valores reais e atuais do patrimônio social (extinto TAPR, Ap. Cív. 0083032800, Rel. Juiz Wilde Pugliese, j. em 04.12.95).

Como visto, está plenamente consolidado nos pronunciamentos emanados dos tribunais que a apuração de haveres decorrentes de dissolução parcial de sociedade deve levar em conta os elementos patrimoniais pelos valores de mercado e na forma mais ampla possível, não se podendo perder de vista que as modificações patrimoniais posteriores à data da dissolução não afetam a apuração de haveres.

Dessarte, assiste razão ao recorrente, no que tange à necessidade de realização de balanço especial.

Com relação ao pleito do recorrente, no sentido de que possa aproveitar o laudo pericial a ser realizado em demanda semelhante que tramita em outra vara, ajuizada por uma sócia dissidente contra as partes que litigam neste feito, tenho que tal pedido não merece guarida.

É que a apuração dos valores da participação societária do sócio quotista deve-se dar quando de seu afastamento da empresa, a fim de que não pairem dúvidas nem ocorram eventuais prejuízos para as partes, o que seria inadmissível, devendo-se, ao contrário, garantir a atualidade do balanço realizado.

Confira-se o norte jurisprudencial:

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. *Affectio societatis.* Dissolução parcial. Apuração de haveres. - Alegando um dos sócios da sociedade por cotas de responsabilidade limitada não mais subsistir a *affectio societatis* e sendo este um sentimento subjetivo, não podem os demais sócios impedir a dissolução parcial da pessoa jurídica, requerida por aquele, devendo o valor da participação societária ser apurado no momento do seu afastamento de fato da empresa, e não tempos depois, quando dilapidado o patrimônio (extinto TAMG, Ap. Cív. 250.790-8, Rel. Juiz Herondes de Andrade).

Agravo de instrumento. Sociedade. Perícia. Apuração da participação societária. Contemporaneidade à data do afastamento do sócio. - O momento do cômputo da participação societária deve ser o do afastamento efetivo do sócio da empresa, o qual passa a não mais ser influenciado pelos sucessos ou azares da sociedade (TJMG, AI 500.458-6, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. em 19/05/2005).

> Dissolução parcial de sociedade comercial com retirada de sócio e apuração de haveres. Honorários advocatícios. - Na dissolução parcial de sociedade comercial com retirada de sócio e apuração de haveres, deve ser observado, se não provado o efetivo afastamento do dissidente da administração, onde manteve cargo de conselheiro até o pedido de retirada, que os haveres devem ser apurados com base no acervo existente no ato do ingresso da ação. Descabe a distribuição do ônus da sucumbência em virtude da procedência total da demanda, devendo a ré arcar com custas e honorários, observados os critérios do § 3º do art. 20 do CPC. Apelo improvido (TJRS, Ap. Cív. 70002695088, Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. em 02.05.2002).

Segundo noticia o apelante e consoante despacho proferido pelo douto Juiz *a quo*, à f. 12, quando da interposição da presente ação, já fora proferida sentença no processo de dissolução parcial aviada por outra sócia.

Portanto, se as ações de dissolução não são contemporâneas, não se justifica seja aproveitado o balanço especial, pois deverão ser aferidos os valores reais das participações societárias dos sócios quotistas dissidentes em momentos distintos.

Segunda apelação.

Passando ao exame do segundo recurso, observo que, ao se dissolver parcialmente uma sociedade, deve-se buscar uma forma que traga menos gravames aos sócios que permanecerão e, ao mesmo tempo, há que ser garantida ao sócio que se retira da sociedade a justa reparação do que lhe toca, de acordo com as suas quotas.

Via da regra, a ação de dissolução de sociedade se processa com a observância de duas fases distintas: em um primeiro momento, se há de verificar se houve quebra da *affectio societatis* para declarar a dissolução e, então, possibilitar o levantamento da apuração dos haveres; somente na segunda fase, esta se processará já com as regras predefinidas.

Para tanto, ou se segue a determinação contratual ou se elabora balanço especial, que se realiza de acordo com a situação vigente ao tempo da quebra da *affectio societatis*.

Na hipótese em tela, o nobre Sentenciante determinou que o pagamento do valor devido deveria ser feito em dinheiro e de uma só vez, "visto que não houve qualquer contestação dos réus quanto a este aspecto também" (f. 144).

*Data venia*, a sentença merece ser reformada, no que tange ao prazo para pagamento.

A um, porque os réus, quando da contestação, concordaram expressamente com o pedido de dissolução parcial da sociedade, protestando, contudo, pelo seu direito de impugnar, discordar ou concordar com o laudo de apuração, bem como a forma de pagamento dos haveres porventura existentes (f. 76).

A dois, porquanto preceitua o artigo 668 do Código de Processo Civil de 1939, em vigor por força do artigo 1.218, VII, do Código de Processo Civil de 1973, que, se a morte ou a retirada de qualquer dos sócios não causar a dissolução da sociedade, apurar-se-ão seus haveres, fazendo-se o pagamento conforme estabelecido no contrato social, ou pelo convencionado ou, ainda, pelo determinado em sentença.

O § 2º do artigo 1.031 do atual *Codex* Civil veio acrescentar que

> a quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

*In casu*, conforme se verifica da alteração do contrato social, datada de 1995, ficou estabelecido, na cláusula décima segunda, que

> o pagamento do sócio retirante ou dos herdeiros será feito em 12 (doze) meses em prestações iguais e sucessivas, acrescidas de juros de 12% ao ano e correção monetária (f. 20).

Assim, em havendo expressa previsão contratual, a sentença há que ser reformada, para se determinar que se efetive ao autor o

pagamento do valor real de suas cotas da forma prevista no contrato e em moeda corrente.

> Por oportuno, trago à colação os julgados:
> Dissolução parcial. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Reconvenção. Pagamento dos haveres. Previsão contratual. Precedentes da Corte. (...) - 3. Conforme jurisprudência desta Corte, a regra geral é a de que os haveres do sócio que se retira da sociedade devem ser pagos na forma prevista no contrato, salvo se existente alguma peculiaridade com força para afastar este entendimento, o que não ocorre no presente caso.(...) (REsp 450129/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* de 16.12.2002, p. 327).
>
> Sociedade. Saída de sócio. - Não havendo ofensa à lei de ordem pública, nem se vislumbrando hipótese de enriquecimento sem causa, não há razão para negar eficácia à cláusula contratual que estabeleceu devessem os haveres do sócio que se retira ser pagos em parcelas. Aplicação do princípio da força obrigatória dos contratos e incidência, ademais, do disposto no artigo 302, 6 e 7, do Código Comercial (Decreto 3.708/19 - art. 2º) e no artigo 668 do Código de Processo Civil de 39, em vigor por força do artigo 1.218 da vigente lei processual. Cláusula contratual que se justifica por interessar a continuação da empresa que se poderia inviabilizar caso o pagamento do sócio que se retira devesse fazer-se integralmente, de uma só vez (REsp 33458/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJU* de 22.08.1994, p. 21.261).
>
> Dissolução de sociedade. Pagamento dos haveres do sócio retirante. Contrato social. Precedentes da Corte.
> - 1. Na linha de precedentes da Corte, não há razão para negar eficácia à clausula contratual que estabeleceu deverem os haveres do sócio que se retira ser pagos em parcelas.
> - 2. Recurso especial conhecido e provido (REsp 127555/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* de 15.06.1998, p. 116).
>
> Dissolução parcial de sociedade. Segunda fase. Apuração de haveres. - A apuração dos haveres na fase de liquidação de sentença de dissolução parcial de sociedade deve iniciar quando extinta a *affectio societatis* e não se estender no tempo, dando oportunidade ao esvaziamento da empresa. Apelo improvido (TJRS, Ap. Cív. 70002190395, Rel. Des. Carlos Alberto Bencke, j. em 08.05.2001).

Razão assiste aos segundos apelantes ainda no que concerne à omissão do douto Julgador de primeiro grau em nomear o perito. Ainda que houvesse concluído que os haveres seriam apurados com apoio no balanço patrimonial da empresa, mediante liquidação por arbitramento, cabia-lhe indicar o *expert*, fixando o prazo para entrega do laudo.

Por fim, a condenação dos réus ao pagamento das verbas sucumbenciais também merece reforma, a meu ver.

É bem verdade que não se pacificou na jurisprudência pátria o entendimento acerca da aplicação do princípio da sucumbência, mesmo quando o pedido de dissolução parcial da sociedade decorra de mútuo consentimento.

Para alguns, havendo ruptura da *affectio societatis* com ambas as partes concordando com a dissolução social, a decisão que a reconhece não tem o cunho litigioso capaz de impor a qualquer das partes a sucumbência. Para outros, se necessário que o órgão estatal intervenha para reconhecer a procedência do pedido formulado por uma das partes, os integrantes do pólo passivo devem responder pelos honorários advocatícios e custas do processo.

Todavia, no caso em tela, quando de sua contestação, os réus assinalaram que

> efetivamente, mister se faz asseverar que os requeridos não se opõem à dissolução parcial pretendida pelo autor, não havendo como cogitar-se, portanto, de eventual resistência ou litigiosidade. Assim sendo, e não havendo resistência à pretensão do autor, não há que se falar em ônus de sucumbência (f. 75/76).

Instado a manifestar-se sobre a contestação, o autor deixou consignado que, “apesar de não prevalecer nos Tribunais o entendimento dos réus quanto à inexistência de condenação aos ônus da sucumbência, o autor concorda com os termos da contestação” (f. 88).

Diante disso, não há que se falar em condenação dos réus, ora apelantes, ao pagamento da verba sucumbencial, pelo que deverão ser as despesas processuais repartidas entre as partes, na proporção de cada um nas quotas do capital da empresa, haja vista o interesse de todos em idêntica conformidade, sendo que, com a retirada da sócia Marília Notini, dividir-se-ão as custas por três, quais sejam o autor, Cláudio de Paiva Abreu, e os réus Sílvio Lúcio de Araújo e Obregon de Carvalho, sendo os honorários advocatícios suportados pelos respectivos constituintes.

Ao impulso de tais considerações, dou provimento à primeira apelação, para determinar sejam os haveres apurados através de realização de balanço especialmente levantado, nos termos do artigo 1.031 do Código Civil de 2002, por perito a ser nomeado pelo Juiz *a quo*, e dou parcial provimento à segunda apelação, para determinar que os haveres eventualmente apurados sejam pagos conforme disposição constante do contrato social, em dinheiro, a teor do disposto no § 2º do artigo 1.031 do atual Código Civil, estabelecendo ainda que o pagamento das custas processuais deverá ser dividido observando-se a proporcionalidade dos quinhões das partes, nos termos acima expostos, arcando, cada qual, com os honorários advocatícios dos respectivos patronos.

Ressalte-se ainda que os haveres apurados deverão ser atualizados monetariamente pelos índices oficiais, desde a citação, quando do pedido de dissolução, até a elaboração do laudo pericial, e acrescidos de juros desde a citação, por se tratar de obrigação ilíquida, fixados à taxa de 6% ao ano, como previsto no artigo 1.062 do Código Civil de 1916, até a vigência do novo Código Civil, em janeiro de 2003, quando a taxa legal passa a ser de 1% ao mês, conforme interpretação do artigo 406 do novo diploma, combinado com o artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Custas, pelos apelantes, sendo 25% (vinte e cinco por cento) para o primeiro e 75% (setenta e cinco por cento) para os segundos.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Pedro Bernardes* e *José Antônio Braga*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À SEGUNDA.

-:::-

**REPETIÇÃO DO INDÉBITO - TELEFONIA FIXA - PULSOS ALÉM DA FRANQUIA - FATURA - DETALHAMENTO - OBRIGATORIEDADE - TERMO INICIAL - DECRETO 4.733/2003 - RESOLUÇÃO 432/2006 DA ANATEL - LESÃO A DIREITO - NÃO-CONFIGURAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO**

**Ementa: Repetição de indébito. Concessionária de telefonia fixa. Pulsos além da franquia. Decreto nº 4.733/03. Lesão a direito não configurada.**

**- A concessionária de telefonia fixa não está obrigada a detalhar nas notas fiscais/faturas as chamadas dos pulsos além da franquia e ligações para celular antes de decorrido o prazo fixado pelo Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003, estendido pela Resolução nº 432, de 23 de fevereiro de 2006, ou seja, janeiro de 2007. Aliás, trata-se de serviço cujo custo deverá ser assumido pelo assinante, a partir de expressa solicitação do mesmo. Logo, o pedido de repetição do valor cobrado sob a rubrica pulsos além da franquia, porquanto não discriminados nas faturas mensais, não pode ser atendido, já que a lesão a direito não está configurada.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0145.05.223052-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Telemar Norte Leste S.A. - Apelante adesiva: Shyrlei Moreira - Apeladas: as mesmas - 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 À APELAÇÃO PRINCIPAL, PREJUDICADA A ADESIVA

Belo Horizonte, 29 de março de 2006. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Saldanha da Fonseca* - Tratam os autos de ação ordinária com pedido de repetição de indébito, proposta por Shyrlei Moreira contra Telemar Norte Leste S.A., ao fundamento de que os valores cobrados sob a rubrica pulsos além da franquia, inclusive de ligação para celular, devem ser restituídos, porquanto não discriminados na fatura mensal.

Pedido julgado procedente, para condenar a ré a devolver à autora o dobro das quantias indevidas que foram comprovadamente pagas, referentes aos pulsos além da franquia e ligações para celular não discriminados nas contas telefônicas do terminal nº (32) 32254710, com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, mais correção monetária pelos índices da Corregedoria de Justiça, a partir do vencimento de cada fatura (f. 146-154).

A ré, em apelação (f. 155-168), sustenta a legalidade da cobrança dos pulsos além da franquia e ligações para celular, conforme procedimento em operação, uma vez que, a partir de janeiro de 2006, é que estará obrigada a prestar o serviço de identificação de chamada, a pedido do usuário, mediante o pagamento do custo do mesmo. A autora, em apelação adesiva (f. 172-183), requer que a condenação tenha como fundamento as médias das ligações citadas no item 5 da petição inicial, uma vez que cumpria à ré fornecer a segunda via das contas telefônicas.

Contra-razões ao recurso principal às f. 184-198.

Conheço dos recursos, porque presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Apelação principal.

A análise dos autos revela que a apelada procura compelir a apelante a devolver o valor cobrado sob a rubrica pulsos além da franquia, inclusive de ligação para celular, porquanto não discriminados na fatura mensal.

O art. 22, IV, da Constituição Federal determina que compete privativamente à União legislar sobre águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.

A legislação infraconstitucional das telecomunicações compreende o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), a dos serviços de telecomunicações e organização do órgão regulador (Lei nº 9.295/96), a da organização dos serviços de telecomunicações (Lei nº 9.472/97), a dos serviços de TV a cabo (Decreto nº 2.206/97), a dos serviços públicos restritos (Decreto nº 2.198/97), a dos serviços especiais (Decreto nº 2.196/97) e da Agência Nacional de Telecomunicações (Decreto nº 2.338/97).

Também complementa a legislação infraconstitucional de telecomunicações o Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003. O seu art. 7º, X, regula o serviço de detalhamento de chamadas do telefone fixo, a partir de 1º.1.06, estendido pela Resolução nº 432, de 23 de fevereiro de 2006, para 1º.1.07, o qual, devido ao custo, deverá ser arcado pelo assinante, mediante expressa solicitação do mesmo.

Com efeito, a apelante principal não pode ser compelida a devolver o valor cobrado sob a rubrica pulsos além da franquia e ligações para celular, pois usou dos recursos técnicos disponíveis para identificá-los, e a obrigação de discriminá-los, a pedido do assinante, só lhe pode ser imposta a partir de janeiro de 2007. Nesse contexto, não há violação ao art. 6º, III, da Lei nº 8.078/90, ou seja, ao princípio da informação.

De todo o exposto, conclui-se que a concessionária de telefonia fixa não está obrigada a detalhar, nas notas fiscais/faturas, as chamadas dos pulsos além da franquia antes de decorrido o prazo fixado pelo Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003, estendido pela Resolução nº 432, de 23 de fevereiro de 2006, ou seja, janeiro de 2007. Aliás, trata-se de serviço cujo custo deverá ser arcado pelo assinante, a partir de expressa solicitação do mesmo. Logo, o pedido de repetição do valor cobrado sob a rubrica pulsos além da franquia e ligações para celular, porquanto não discriminados nas faturas mensais, não pode ser atendido, já que a lesão a direito não está configurada.

Apelação adesiva.

Prejudicada com a procedência da apelação principal.

Com tais razões, dou provimento à apelação principal, prejudicada a adesiva, para julgar improcedente o pedido de repetição de indébito e condenar a apelada ao pagamento das custas e despesas do processo, custas recursais e honorários de advogado de R$ 300,00 (trezentos reais), suspensa a exigibilidade, na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Domingos Coelho* e *José Flávio de Almeida*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL, PREJUDICADA A ADESIVA.

-:::-

## USUCAPIÃO - BEM IMÓVEL - POSSE - PESSOA JURÍDICA - SÓCIO - PROPOSITURA DA AÇÃO EM NOME PRÓPRIO - ILEGITIMIDADE ATIVA - ART. 61 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - EXTINÇÃO DO PROCESSO

**Ementa: Ação de usucapião. Pessoa física. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Reconhecimento. Manutenção.**

**- A pessoa física não possui legitimidade para figurar no pólo ativo de ação de usucapião de imóvel cuja posse eventualmente é exercida por pessoa jurídica da qual é sócio.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0474.03.008273-6/001 - Comarca de Paraopeba - Apelante: Tertoliano Luiz Soares - Apelado: Município de Paraopeba - Relator: Des. CORRÊA DE MARINS

**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 fevereiro de 2006. - *Corrêa de Marins* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Corrêa de Marins* - Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 158/159, que julgou extinta, após reconhecer a ilegitimidade ativa *ad causam*, o processo relativo à ação de usucapião ajuizada por Tertoliano Luiz Soares contra o Município de Paraopeba.

Sustenta o apelante ter-se equivocado o MM. Juiz *a quo*, ao não levar em conta o alvará de licença para localização e funcionamento de f. 10, "que fora expedido em nome de Tertoliano Luiz Soares & Cia. Ltda., datado de 14 de dezembro de 1980...". Aduz que o imóvel, objeto do pedido, não pertence à Prefeitura de Paraopeba-MG e que, além disso, o que deverá ser discutido nos autos é a simples comprovação da posse do apelante sobre o imóvel, que será verificada por intermédio dos documentos acostados e pelas testemunhas a serem ouvidas.

Conhece-se do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Verifica-se ter a MM. Juíza julgado extinto o processo após reconhecer que o direito pretendido pelo autor teve origem no contrato de doação celebrado entre o Município de Paraopeba e a empresa Casa Ideal Pré-Fabricada de Madeira Ltda., empresa privada de responsabilidade limitada da qual é sócio, como se infere do doc. de f. 11/15.

Com efeito, daquele documento se extrai que o imóvel, objeto do pedido, foi doado (com cláusula de reversão, f. 47) à empresa Casa Ideal Pré-Fabricada de Madeira Ltda.

Portanto, se existe eventual posse sobre o terreno, esta é da pessoa jurídica assinalada, e não da pessoa física do sócio da empresa.

Apesar disso, compareceu o sócio, ora apelante, a juízo, buscando a declaração da prescrição aquisitiva do imóvel, com fundamento naquele contrato do qual nem sequer é parte. É de se ressaltar que a legitimidade ativa *ad causam* se faz presente quando o autor é o possível titular do direito pretendido e ameaçado, sendo um dos titulares dos interesses em conflito.

Com efeito, não possui o autor legitimidade ativa *ad causam*, pois não é o titular do interesse afirmado na pretensão, na medida em que a posse do bem, objeto da usucapião, ao que indicam os autos, vem sendo exercida pela pessoa jurídica - Casa Ideal Pré-Fabricada de Madeira -, e não pela pessoa física - Tertoliano Luiz Soares.

Aliás, nas próprias razões recursais, o apelante ratifica a sua condição de parte ilegítima, ao afirmar à f. 171 ter o MM. Juiz se equivocado, ao não levar em conta o alvará de licença de f. 10 "onde se observa que fora expedido em nome de Tertoliano Luiz Soares & Cia. Ltda.". Inequívoco que confunde ele a situação da pessoa jurídica com a pessoa física do sócio, o que não se admite para fins de averiguar a presença desta condição da ação: legitimidade de parte.

Dessa feita, não detém o apelante a necessária legitimidade ativa *ad causam*, para pleitear direito da pessoa jurídica em nome próprio (art. 6º do CPC). Ante essa constatação, a extinção do processo se impõe. A propósito:

> Em qualquer ação, inclusive a de natureza mandamental, é de se exigir o requisito da *legitimatio ad causam*, não sendo possível a alguém ingressar em juízo, em nome próprio para defesa de direito alheio, sem que a lei autorize (Ac. un. da 1ª Seç. do STJ, no MS 1.462-0-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *JSTJ/TRF* 45/113).

Ante tais considerações, nego provimento ao apelo, para manter inalterada a r. sentença.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Eduardo Andrade* e *Geraldo Augusto*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**AÇÃO PREVIDENCIÁRIA - PENSÃO POR MORTE - AVÓ - GUARDA DE MENOR - ESTADO - IPSEMG - LEGITIMIDADE PASSIVA - JUROS DE MORA - TERMO INICIAL - FAZENDA PÚBLICA - CUSTAS - ISENÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**Ementa: Ação ordinária previdenciária. Benefício da pensão por morte desde o óbito do segurado. Guarda da neta conferida à avó. Art. 227 da Constituição da República e artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Possibilidade. LC nº 64/2002. Inaplicabilidade. Juros moratórios. Caráter alimentar. Custas processuais. Isenção. Honorários advocatícios. Artigo 20, § 4º, do CPC. Sentença parcialmente reformada, no reexame necessário.**

**- Deve ser mantida a sentença que reconheceu o direito da menor ao recebimento da pensão por morte desde o falecimento de sua avó, a teor do artigo 227 da Constituição da República e do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que asseguram os benefícios previdenciários aos menores que se encontram sob a guarda dos segurados, sendo inaplicável a Lei Complementar Estadual nº 64/2002, que exclui tais menores do rol dos beneficiários.**

**- Os juros moratórios nas ações relativas a benefícios previdenciários, por terem caráter alimentar, incidem no percentual de 1% ao mês, a partir da citação válida.**

**- É a Fazenda Pública, e suas autarquias, isenta do pagamento de custas, de acordo com o que reza a Lei nº 12.427/96 e a Lei Estadual nº 14.939/03.**

**- De acordo com o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas do § 3º.**

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.04.197153-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Ipsemg; 2º) Estado de Minas Gerais - Apelada: Clarissa Assef Alves - Relatora: Desª. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2006. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Sr.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Conheço da remessa oficial e das apelações voluntárias, uma vez que presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Trata-se de "ação ordinária" ajuizada por Clarissa Assef Alves em face do Estado de Minas Gerais, afirmando que "impetrou, no dia 03.05.02, mandado de segurança contra ato do Diretor do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, uma vez que lhe foi negada, por aquele instituto, a concessão de pensão por morte de sua avó, Maria Assef Alves, de quem viveu sob guarda até o dia 17 de julho de 2001, data em que sua guardiã veio a falecer", aduzindo que a segurança foi concedida pelo juízo de primeiro grau e confirmada pelo Tribunal, concluindo pela impossibilidade da discussão acerca de seu direito de receber a pensão, alegando que a decisão determinou o pagamento do benefício tão-somente a partir do ajuizamento da ação, requerendo a procedência do pedido, condenando-se o réu ao pagamento desde o falecimento da guardiã, corrigidos os valores monetariamente e acrescidos de juros de mora.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido inicial (f. 122/131), rejeitando as preliminares de ilegitimidade passiva e de impossibilidade jurídica do pedido, consignando, no mérito, que a autora, na condição de pensionista de sua falecida avó, tem direito ao recebimento de pensão correspondente aos proventos que essa receberia se viva estivesse, e que incumbe ao Estado, por meio da Confip, garantir os benefícios concedidos pela autarquia, assim que determinou o pagamento da pensão desde a data do óbito até a impetração do *mandamus*, corrigidos os valores monetariamente e acrescidos de juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, desde a citação válida, condenando os réus ao pagamento de custas,

despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Inconformado, apelou o Ipsemg (f. 132/146), alegando que não tem legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, em razão de não ter obrigação legal de dar à autora qualquer tipo de pensão, concluindo, destarte, pela impossibilidade jurídica do pedido inicial, argüindo, ademais, que na data do falecimento da avó da autora não figuravam como dependentes os menores sob guarda, bem como que a autora não demonstrou o preenchimento do pressuposto contido no item 2 do § 2º do artigo 7º da Lei nº 9.380/86, e que o Ipsemg não foi citado na ação de guarda, questionando, ao final, o valor fixado a título de honorários advocatícios e a condenação em custas processuais, assim que requereu o provimento do recurso.

O Estado de Minas Gerais também apelou (f. 147/153), suscitando preliminar de ilegitimidade passiva, argumentando, no mérito, que a decisão guerreada infringe os artigos 169 e 195 da Constituição da República, pugnando, ainda, pela incidência de juros moratórios à base de 6% (seis por cento) ao ano desde a citação e pela redução dos honorários advocatícios, a serem fixados em valor determinado, requerendo o provimento do recurso.

Não foram apresentadas contra-razões de apelação (certidão de f. 154-verso).

Revelam os autos que Clarissa Assef Alves ajuizou ação ordinária em face do Estado de Minas Gerais, sendo o Ipsemg incluído na lide posteriormente, na condição de litisconsorte passivo necessário (f. 59/60), pretendendo a requerente o recebimento dos benefícios relativos a pensão por morte, desde a data do óbito de sua avó até a data do ajuizamento do Mandado de Segurança nº 024.02.680.795-8, tendo o Magistrado de primeiro grau julgado procedente o pedido inicial, determinando o benefício almejado, condenando os réus ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), o que ensejou a irresignação dos réus, bem como a remessa necessária, decorrente do duplo grau de jurisdição.

Analisando-se o processado, verifica-se que a ora autora impetrou anteriormente mandado de segurança em face de ato praticado pelo Diretor do Ipsemg - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (f. 09/21), requerendo a concessão da segurança para fins de reconhecimento do direito de recebimento de pensão por morte em razão da condição de dependente de sua falecida avó, sendo concedida em parte a ordem pelo juízo singular (f. 26/33), para determinar "o pagamento da pensão previdenciária deixada por sua avó/guardiã, Maria Assef Alves, no valor que esta receberia, se viva estivesse, contada a partir do ajuizamento deste *mandamus* (Súmula 271-STF)", decisão que foi confirmada por este Tribunal de Justiça, em reexame necessário (f. 34/38), ocorrendo o trânsito em julgado (f. 08).

É de esclarecer, por oportuno, que determina a Súmula nº 271 do STF que a "concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria", o que levou à propositura pela autora da presente ação ordinária, em que pretende o recebimento da pensão no período compreendido entre o falecimento de sua avó e a impetração do *mandamus.*

Inicialmente, andou bem o Magistrado de primeiro grau ao rejeitar as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e de ilegitimidade passiva, pelo que mantenho a rejeição, em reexame necessário.

Como cediço, a possibilidade jurídica do pedido consiste na permissibilidade de ser levado o requerimento do demandante a juízo com alegação de direito, desde que não haja qualquer regra legal que limite a incidência do texto de que se irradiou a ação e desde que o ordenamento legal preveja a providência que se formula no caso concreto, restando evidente a possibilidade jurídica do pedido da autora, consistente no pagamento da pensão por morte desde o óbito de sua avó até a impetração do *mandamus* que reconheceu o benefício a partir de seu ajuizamento.

A respeito, registrou o Juízo primevo, acertadamente, que

> os argumentos jurídicos da ré para argüir a preliminar, na realidade, se baseiam no próprio mérito da causa. Não se pode confundir fundamento injurídico que embasa o pedido, com impossibilidade jurídica. Quando o pedido, em tese, é possível, mas seu fundamento é injurídico, o Juiz julga a ação, dando pelo seu improvimento e não pela sua extinção sem julgamento de mérito (f. 125).

Da mesma forma, resulta evidente a legitimidade passiva do Estado de Minas Gerais e do Ipsemg, visto que estabelece o artigo II, alínea *a*, do artigo 39 da Lei Complementar nº 64/02 que compete àquele, por meio da Confip, assegurar os benefícios de pensão por morte de ex-servidor público, titular de cargo efetivo da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes do Estado, sendo do mesmo teor o artigo 36, incisos I e II e § 2º, do Decreto nº 42.758/02, que regulamenta as disposições da LC nº 64/02, a despeito da realização do ato dar-se através do Ipsemg:

> Art.36 - O pagamento dos benefícios concedidos na forma do artigo anterior se dará:
> I - pelo Ipsemg, após o repasse pelo Estado, por meio da Confip, dos recursos financeiros necessários ao pagamento dos benefícios líquidos de pensão por morte e auxílio-reclusão a que fizerem jus os dependentes do servidor público estadual, cujo provimento tenha ocorrido até 31 de dezembro de 2001;
> II - pelo Ipsemg, após o repasse, pelo Estado, por meio da Confip, dos recursos financeiros necessários ao pagamento dos benefícios líquidos de pensão por morte e auxílio-reclusão a que fizerem jus os dependentes do servidor público estadual, cujo provimento tenha ocorrido após 31 de dezembro de 2001, e quando os fatos geradores ocorrerem até 31 de dezembro de 2009.

Importante trazer à colação o posicionamento do Juízo singular:

> Razão não assiste ao Estado de Minas Gerais ao alegar a ilegitimidade passiva, pois tenho que tal preliminar, na verdade, se confunde com o mérito, uma vez que, nos termos dos artigos 49 e 51, inciso IV, da Lei Complementar nº 64/02, cabe ao Estado garantir o pagamento do benefício da pensão por morte bem como repassar ao Ipsemg os recursos financeiros da Confip relativos aos valores necessários ao pagamento dos benefícios previdenciários (...).
> O Ipsemg alega a ilegitimidade passiva ao argumento de que a avó da autora, Maria Assef Alves, não era contribuinte do Instituto, não tendo, portanto, obrigação de pagar a pensão.
> Entretanto, tal alegação não merece prosperar, haja vista que tal questão já foi discutida na 5ª Vara da Fazenda Estadual, no Mandado de Segurança nº 024.02.680.795-8 e confirmado na 1ª Câmara Cível (f. 124).

Impõe-se, pois, tecer algumas ponderações a propósito do assunto, no mérito, em sede de reexame necessário, estabelecendo o artigo 227 da Constituição da República:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
> (...)
> § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
> (...)
> II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas.

Já o artigo 33 da Lei Federal nº 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe:

> Artigo 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiro, inclusive aos pais.
> (...)
> § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins de direito, inclusive previdenciários.

É a lição de Yussef Said Cahali, em comentário a esse artigo:

> Com a Constituição Federal de 1988 assegurou-se, no art. 227, à criança e ao adolescente, como dever da família, da sociedade e do Estado, o direito à 'convivência familiar e comunitária', com a mesma garantia que o direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade.
> Daí ter procurado o Estatuto aprimorar o instituto da guarda do menor, buscando tornar efetivo o seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária, o que, aliás, antes já havia sido afirmado no art. 19: 'Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária' (*in Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 130).

Por sua vez, determina o artigo 4º, § 3º, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 64/2002, que instituiu o Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais:

> Art. 4º. São dependentes do segurado, para os fins desta lei:
> (...)
> § 3º - Equiparam-se aos filhos, nas condições do inciso I deste artigo, desde que comprovada a dependência econômica e a ausência de bens suficientes para o próprio sustento e educação:
> (...)
> II - o menor que esteja sob tutela judicial, mediante a apresentação do respectivo termo.

Da leitura de referidos dispositivos legais, infere-se que a própria Constituição da República cuidou dos direitos das crianças e dos adolescentes, objetivando assegurar-lhes as melhores condições para um desenvolvimento saudável e digno, fazendo expressa referência à garantia de direitos previdenciários, garantia também reconhecida pela lei especial de regência, não podendo tais direitos ser restringidos por legislações posteriores, sobretudo por uma lei estadual, sendo imprescindível uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico em vigor.

No caso dos autos, foi a Sr.ª Maria Assef Alves nomeada guardiã da autora em 17 de julho de 1998, nos autos da Ação de Guarda de Menor nº 1.278/97 (f. 100), situação admitida pelo próprio Ipsemg (f. 136), ressalvando-se estar em vigor à época a Lei nº 9.380/86, que dispunha sobre o instituto, sendo considerado como dependente do segurado o menor que, por determinação judicial, se encontrasse sob a sua guarda e não possuísse bens suficientes para o próprio sustento e educação (§ 2º do artigo 7º), equiparado o menor aos filhos do segurado, circunstância que se enquadra ao caso em análise.

Não há que se falar, assim, que a menor não teria direito a nenhum benefício previdenciário, ou mesmo que o artigo 33 da Lei nº 8.069/90 foi revogado pelo artigo 16 da Lei nº 8.213/91, que faz referência ao menor tutelado, também não prosperando a alegação de que o direito ao pagamento da pensão contraria as regras do regime geral de previdência social, de que houve ofensa aos artigos 169 e 195 da Constituição da República, e de que a autora não demonstrou o preenchimento do pressuposto contido no item 2 do § 2º do artigo 7º da Lei nº 9.380/86, registrando-se finalmente a desnecessidade da citação do Ipsemg na ação de guarda, por inexistir qualquer interesse da referida autarquia no mencionado feito.

Bem asseverou o d. Sentenciante:

> Insta ressaltar que razão não assiste ao Ipsemg ao alegar ausência de comprovação de que a autora é dependente de sua guardiã, bem como que possui pais biológicos, uma vez que tal discussão haveria de ser levada a efeito em sede própria, a saber, no procedimento de pedido de guarda, não se prestando como matéria de defesa da autarquia em face de suas obrigações para com os dependentes de seus segurados.
> Quanto à alegação do Instituto de que não foi citado para o processo de concessão da guarda, não podendo, então, ser atingido por ele, tenho que não merece respaldo, porque o deferimento da guarda à segurada não é fator preponderante da presente ação, pois a guarda foi tratada em outra ação, não cabendo, aqui, verificar se o deferimento provisório foi ou não legítimo. O pleito da presente ação restringe-se à comprovação do direito da autora às pensões referentes ao período entre a morte de sua avó e o ajuizamento do mandado de segurança (f. 130).

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

> Administrativo. Ex-combatente. Pensão por morte. Menor dependente sob guarda do avô. Lei nº 8.069/90. Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes do STJ. Recurso conhecido e desprovido.
> - I. A Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - prevê, em seu artigo 33, § 3º, que 'a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário'. Não obstante na legislação aplicável à hipótese - Lei nº 8.069/90 - não conste a neta no rol de beneficiários de pensão por morte do ex-combatente, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.
> - II. Neste contexto, restando comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
> - III. Recurso conhecido e desprovido (REsp 380452/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 24.08.04).

Do mesmo teor a jurisprudência dessa Corte de Justiça:

> Apelação cível. Reexame necessário. Administrativo. Guarda deferida por meio de sentença transitada em julgado. Inclusão de menor como dependente. Ipsemg. Possibilidade. Confirmar a sentença.
> - 1. Nos termos do § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), 'a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários'.
> - 2. A Lei Complementar Estadual 64/2002, ao alterar a relação dos dependentes para fins previdenciários do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, descurou-se de observar os princípios constitucionais ligados à proteção da criança e do adolescente, devidamente reforçados por lei geral, razão por que não pode ser aplicada ao caso em comento.
> - 3. Em reexame necessário, confirmar a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário (Apelação Cível nº 1.0024.04.412480-8/001, Rel. Des. Célio César Paduani, j. em 09.06.05). Previdenciário. Inclusão de beneficiário em instituição de previdência. Avô com encargo de guarda de neto menor. Possibilidade. Aplicação dos princípios constitucionais protetivos do menor e adolescente. Apoio do ECA. Inaplicabilidade da Lei Complementar Estadual 64/2002.
> - A Lei Complementar 64/2002 não possui o condão de restringir o dever do Estado de assegurar à criança e ao adolescente a garantia de direitos previdenciários, reafirmados pela Lei Federal nº 8.069/90 (ECA), mormente quando a guarda do menor foi concedida ao segurado sob a égide da Lei nº 9.380/86, revogada. Em reexame necessário, confirma-se a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário (Apelação Cível nº 1.0024.03.942861-0/001, Rel. Des. Kildare Carvalho, j. em 16.09.04).

> Administrativo. Servidor público do Estado. Guarda judicial de menores. Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, § 3º). Benefícios previdenciários. Lei Estadual nº 9.380/86. Lei Complementar do Estado nº 64/02. Constituição Federal, art. 227, § 3º, II e IV.
> - 1. Diante da concessão de guarda definitiva judicial de menores e o respectivo requerimento, junto ao Ipsemg, de cadastramento dos infantes na vigência da Lei Estadual nº 9.380/86, correta faz-se sua aplicação na situação concreta.
> - 2. Deve ser afastada a incidência da LC 64/02, que exclui do rol dos beneficiários da previdência social do Ipsemg os menores sob guarda, em afronta aos ditames constitucionais (art. 227, § 3º, II e IV), bem como de regra geral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, § 3º), ressaltando-se que princípio de direito veda a revogação de regra geral por regra especial e a imprescindibilidade de interpretação sistemática do ordenamento jurídico (Apelação Cível nº 1.0000.00.319731-6/000, Rel. Des. Pedro Henriques, j. em 18.09.03).

E, restando reconhecido o direito da autora ao recebimento da pensão a partir da impetração do *mandamus*, mostra-se imperioso o reconhecimento do direito desde o óbito de sua falecida avó, não merecendo qualquer reparo a sentença, nesse aspecto, sendo, nesse sentido, a jurisprudência desse Tribunal:

> Remessa oficial e apelação cível voluntária. Ação de cobrança. Óbito da segurada ocorrido na vigência da Lei nº 9.380, de 1986. Menor sob guarda judicial. Inscrição como dependente previdenciário. Direito assegurado (art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

> Benefício integral a partir do falecimento da segurada. Autarquia previdenciária. Custas. Imunidade. Sentença parcialmente reformada.
> - 1. A guarda judicial do menor confere direito de ser o mesmo dependente previdenciário do guardião (art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).
> - 2. A negativa da autarquia previdenciária em conceder benefício, na via administrativa, viola o direito do menor.
> - 3. Estando a menor devidamente inscrita junto à autarquia previdenciária como dependente e beneficiária da segurada, avó e guardiã, é inquestionável o seu direito de receber, desde o falecimento da segurada, a pensão respectiva.
> - 4. A autarquia previdenciária é imune ao pagamento de custas processuais.
> - 5. Remessa oficial e apelação cível voluntária conhecidas.
> - 6. Sentença parcialmente reformada em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário (Apelação Cível nº 1.0024.04.424514-0/001(1), Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. em 20.09.05).

Lado outro, no que se refere aos juros moratórios, entendo que a decisão primeva deve ser alterada, já que, tratando-se de prestação de caráter alimentar, a sua fixação deve-se dar no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação válida.

Nesse sentido, já se pronunciou o STJ:

> Previdenciário e Processual Civil. Reajuste da pensão por morte. Artigo 75, Lei 8.213/91. Concessão anterior à edição da Lei 9.032/95. Aplicação da lei mais benéfica. Juros moratórios. Percentual. Incidência. Súmula 204/STJ. Precedentes (...). Os juros moratórios nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida, no percentual de 1% (um por cento) ao mês. Aplicação da Súmula 204/STJ. Precedentes (REsp 352327/RN, Min. Jorge Scartezzini, *DJU* de 16.02.04).

Também merece reforma a decisão no que toca à condenação dos réus ao pagamento das custas processuais, porquanto gozam de isenção legal, conforme disposto no artigo 10, inciso I, da Lei nº 12.427/96: "São isentos do pagamento de custas: I - a União, o Estado, os municípios e as respectivas autarquias e fundações", redação repetida pela dicção do artigo 10, inciso I, da Lei nº 14.939/03, que dispõe sobre as custas devidas ao Estado no âmbito da Justiça Estadual de primeiro e segundo graus.

Por fim, sem razão os apelantes no que concerne aos honorários advocatícios, tendo o Sentenciante observado o disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, que estabelece que, "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 advocatícios serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior", do seguinte teor:

> os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Yussef Said Cahali elucida que:

> na fixação do *quantum* advocatício devido pelo sucumbente, o órgão judicante deverá atender ao grau de zelo do profissional, ao lugar da prestação do serviço, à natureza e importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo exigido para o seu serviço. Contudo, tais elementos informadores do arbitramento, insertos no artigo 20, § 3º, *a*, *b* e *c*, do Código de Processo, não exaurem a pesquisa judicial para um convencimento tendente à sua justa determinação (*in Honorários advocatícios*, p. 458).

Portanto, os honorários advocatícios devem ser estabelecidos em termos justos, considerando-se a importância e a presteza do trabalho profissional, assim como a imprescindibilidade de o causídico ser remunerado condignamente, utilizando-se para tanto os parâmetros estabelecidos no § 3º da aludida norma legal, devendo o juiz fixá-los de acordo com a complexidade da causa, o conteúdo do trabalho jurídico apresentado e a maior ou menor atuação no processo, sendo que, a meu ver, os honorários arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais) devem ser mantidos, já que em sintonia com a

legislação processual civil, não havendo necessidade de sua redução.

Mediante tais considerações, em remessa necessária, reformo parcialmente a decisão singular, apenas para fixar a incidência de juros moratórios sobre o valor da condenação à base de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação, e para isentar os requeridos do recolhimento das custas processuais, restando prejudicados os recursos voluntários.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Isalino Lisbôa* e *Fernando Bráulio.*

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

## INVENTÁRIO - UNIÃO ESTÁVEL - RECONHECIMENTO - QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO - VIA IMPRÓPRIA - SUSPENSÃO DO PROCESSO - POSSIBILIDADE

**Ementa: Agravo de instrumento. Inventário. Reconhecimento de união estável. Questão de alta indagação. Remessa às vias ordinárias.**

**- O inventário é um processo com contornos próprios, não havendo como nele serem discutidas questões de alta indagação.**

**- Deve a pretensa ex-companheira ajuizar a ação própria para o reconhecimento da alegada união estável para ter reconhecido seu direito, sendo aconselhável a suspensão do processo de inventário em razão de aparentemente não existirem ascendentes e descendentes do *de cujus*, caso em que, confirmada aquela união, terá a companheira direito à totalidade da herança (art. 2º, inc. III, da Lei nº 8.971/94).**

**Nega-se provimento ao recurso.**

AGRAVO N° 1.0515.05.014147-9/001 - Comarca de Piumhi - Agravante: Cacilda Moreira Funchal, inventariante do espólio de Levindo Ferreira de Oliveira - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 6 de abril de 2006. - *Célio César Paduani* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Célio César Paduani* - Trata-se de recurso de agravo de instrumento, com pedido de tutela antecipada, interposto por Cacilda Moreira Funchal, inventariante do espólio de Levindo Ferreira de Oliveira, contra interlocutória de f. 38/39-TJ, em traslado, que, nos autos da ação de inventário, indeferiu o pedido de levantamento de valores depositados e suspendeu o processo, ao entendimento de que a comprovação da união estável entre a inventariante e o *de cujus* é questão de alta indagação, devendo ser dirimida nas vias ordinárias.

Em sede de razões recursais (f. 02/08-TJ), a recorrente alega que os documentos acostados aos autos são suficientes para comprovar a existência da união estável.

O recurso veio instruído (f. 10/44-TJ).

Deferida a formação do agravo (f. 55/56-TJ), indeferi o pedido de tutela antecipada.

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo ilustre Procurador Carlos Mafra Cavalcanti, às f. 62/64-TJ, é pelo improvimento do agravo.

Relatados.

Decido.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Depreende-se dos autos que o ajuizamento do inventário e a nomeação da ora agravante como inventariante ocorreu diante da informação contida na peça de abertura de que, na qualidade de companheira do falecido, com ele conviveu por mais de 20 anos.

Requerido o prosseguimento do inventário com o levantamento dos valores depositados, o pedido foi indeferido e o processo suspenso, a fim de que a união estável seja comprovada nas vias ordinárias.

Com efeito, a questão relativa à alegação de união estável é de alta indagação (art. 984 do CPC), pois, embora haja evidências de que o casal viveu junto durante o período alegado, não se pode afirmar, com certeza, que não existem herdeiros ascendentes, descendentes ou colaterais, o que modificaria a questão sucessória.

O inventário é um processo com contornos próprios, não havendo como nele serem discutidas questões de alta indagação.

Portanto, o direito que possa ter advindo da relação há de ser previamente reconhecido por meio da via processual própria, e não no bojo do próprio inventário.

Aliás, nesse sentido é a jurisprudência:

> O inventário não é a via própria para a concubina postular o reconhecimento da sua condição de meeira do espólio (STJ, 4ª T., Recurso em Mandado de Segurança nº 32/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 19.9.89, *in RSTJ* 4/1.414).
>
> Agravo de instrumento. Inventário. Habilitação. Concubina. Provimento. - A habilitação de concubina no inventário do falecido companheiro deve ser autorizada após a comprovação da existência de sociedade de fato entre eles através das vias ordinárias (TJPR - 1ª CC, Agravo de Instrumento nº 12.511, Rel. Des. Vidal Coelho, *DJ* de 22.04.96).
>
> Agravo de instrumento. Decisão que reconhece o concubinato e determina a inclusão da parceira supérstite no esboço de partilha. Imprescindibilidade do reconhecimento da sociedade de fato. - Não basta a singela declaração de concubinato para a reserva de bens em processo de inventário, sendo mister a comprovação, nas vias ordinárias, de que os bens foram adquiridos pelo esforço comum, em sociedade de fato (TJDF - 2ª T., Agravo de Instrumento nº 120.695, Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto, j. em 20.09.1999, *DJ* de 02.02.00, p. 14).
>
> Inventário. União estável. Companheira. Pedido de abertura. Legitimidade. Ausência. Necessidade de reconhecimento prévio a ser feito em ação própria. - A comprovação da condição de companheira constitui requisito inafastável para a admissão desta no pólo ativo do pedido de inventário, e com muito mais razão para a sua nomeação para o cargo de inventariante, carecendo de reconhecimento prévio a ser feito nas vias ordinárias, onde serão delimitados, inclusive, os eventuais direitos a ela afetos (6ª CC, Apelação Cível nº 1.0473.03.002385-6/001, Rel. Des. Edilson Fernandes, j. em 22.02.05).
>
> Direito das Sucessões. Inventário. Concubinato. Questão de alta indagação. Remessa do pretenso companheiro aos meios ordinários. Suspensão do processo.
> - 1. Deve o pretenso ex-companheiro ajuizar a ação própria para o reconhecimento da alegada união estável constituída com a falecida para ter reconhecido o seu direito, sendo aconselhável a suspensão do processo de inventário em razão de não existirem ascendentes e descendentes da falecida, caso em que, confirmada aquela união, terá o companheiro direito à totalidade da herança (art. 2º, inc. III, da Lei nº 8.971/94).

- 2. Preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido (Ag. 1.0271.04.025359-0/001(1), Rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. em 12.05.05, pub. em 10.06.05).

Ademais, necessário se faz que os contornos da relação de companheirismo, se existente, sejam bem delimitados, pois, conforme o que se apurar, diversificados poderão ser os reflexos no presente inventário.

Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Moreira Diniz* e *Dárcio Lopardi Mendes*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**MANDADO DE SEGURANÇA - DECADÊNCIA - DECLARAÇÃO PREJUDICIAL - APROVEITAMENTO - JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - REVISÃO DE APOSENTADORIA - ANULAÇÃO DO ATO - PRAZO - ART. 65 DA LEI ESTADUAL 14.184/2002 - INOBSERVÂNCIA - CONCESSÃO DO PEDIDO**

**Ementa: Mandado de segurança. Decadência. Simples declaração prejudicial. Aproveitamento da declaração. Concessão do pedido.**

**- Embora ocorra decadência no mandado de segurança, se a questão básica é simples declaração prejudicial, o mérito pode ser julgado.**

**- O direito de o Estado revisar ato anulável de que decorra prejuízo ao beneficiário decai em cinco anos a partir do ato, independentemente da publicação da lei que fez previsão do lapso temporal.**

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.05.699448-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: J. D. da 7ª V. de Faz. da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Maria Célia da Silva - Autoridade coatora: Supte. Central Gestão Rec. Hum. Seplag - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 21 de março de 2006. - *Ernane Fidélis* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Ernane Fidélis* - Reexame necessário.

Há de se examinar, de início, a ocorrência de decadência ou não para o mandado de segurança.

No rigor dos termos, não se pode negar que, se a retificação da aposentadoria ocorreu em junho de 2004, conforme documentos de f. 25/27, em princípio, era de se reconhecer o prazo decadencial para o mandado de segurança, já que, entre o ato e a propositura da ação, 31 de maio de 2005, passaram mais de cento e vinte dias. Há, na hipótese, porém, particularidade que deve ser levada em consideração para a exata e justa aplicação da lei.

O mandado de segurança, procedimento especial que depende de prova pré-constituída, de direito líquido e certo, é espécie de ação mandamental que determina à autoridade coatora o

cumprimento ou abstenção de ato para que tal se dê. No entanto, muitas vezes, o fundamento específico e exclusivo é simples declaração de existência ou inexistência de relação jurídica, e, neste caso, poderão os fins ser atingidos, com a restrição dispensada, quando não há dependência de prova a ser produzida, em nada diferindo, na essência e no conteúdo, o remédio constitucional da simples ação declaratória.

No caso dos autos, um dos fundamentos básicos do pedido, declaração prejudicial da procedência ou não do *mandamus*, seria a ocorrência de decadência do Estado de fazer a revisão na aposentadoria da impetrante. Assim, se remetidas as partes para as vias ordinárias, o julgamento, neste particular, seria, em tudo e por tudo, identificado com o que se proferisse, em caso de procedência com o remédio heróico.

Processo não é fim em si mesmo. Nesse caso, se a questão é litigiosa, e tanto faz ser decidida no mandado de segurança ou na simples ação declaratória, o resultado será o mesmo. Daí, no meu entender, ainda que ocorra a decadência para o *mandamus*, pode, sem nenhum prejuízo das partes, ser decidida a matéria com todas as conseqüências que dela advêm.

Na verdade, o art. 65 da Lei Estadual 14.184/02 estabelece que ocorre decadência se, em cinco anos, a anulação do ato de que decorram efeitos favoráveis para o destinatário não for promovida.

Argumenta o impetrado que, se a LE 14.184 foi promulgada apenas em 2002, a partir de então é que se começaria a contar o prazo decadencial. Ledo engano, porém, pois, se, nos termos do art. 6º da LICC, "A lei em vigor terá efeito imediato e geral...", e o art. 65 da lei mineira é expresso em afirmar que a decadência tem seu prazo iniciado a partir da data em que foi praticado o ato, o termo *a quo* para a declaração de nulidade é de 1994, há mais de dez anos, portanto.

Com tais fundamentos, não encontrando óbice para declarar o lapso decadencial para retificação efetuada, confirmo a r. sentença, determinando a volta ao *statu quo*, conforme se orientou em primeiro grau, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, pelo Estado.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Edilson Fernandes* e *Antônio Sérvulo*.

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

**INDENIZAÇÃO - SEGURO - VEÍCULO - INADIMPLEMENTO - SUSPENSÃO DA COBERTURA - NOTIFICAÇÃO DO SEGURADO - NECESSIDADE - PAGAMENTO À CORRETORA DE SEGUROS - VALIDADE - TEORIA DA APARÊNCIA - VALOR - EXCESSO - NÃO-OCORRÊNCIA**

**Ementa: Ação de reparação de danos. Contrato de seguro de veículo. Prestação em atraso. Suspensão da cobertura securitária. Impossibilidade em razão da não-notificação do segurado. Pagamento feito à corretora de seguros. Eficácia. Teoria da aparência. Valor da condenação. Excesso. Não-ocorrência.**

**- Para que possa ocorrer a rescisão ou suspensão da cobertura securitária em razão do inadimplemento do segurado, imprescindível é a notificação do consumidor, para que este possa purgar a mora ou, se assim preferir, tomar as providências para o fim da cobertura.**

**- Conforme a teoria da aparência, o fato de ser o corretor de seguros profissional autônomo não retira a responsabilidade da seguradora, porquanto aquele é mero representante desta, por ela**

**autorizado a celebrar contratos em seu nome. Em sendo assim, válido é o pagamento realizado pelo apelado diretamente à corretora de seguros vinculada à apelante.**

**- Não há que se falar em excesso do valor da condenação, quando tal montante é obtido com base no conjunto probatório constante nos autos e encontra-se em consonância com a realidade do mercado.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2.0000.00.503302-1/000 - Comarca de Divinópolis - Relator: Des. ELPÍDIO DONIZETTE

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2.0000.00.503302-1/000, da Comarca de Divinópolis, sendo apelante: Cia. de Seguros Minas-Brasil e apelado José Roberto Borba, acorda, em Turma, a Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais NEGAR PROVIMENTO.

Presidiu o julgamento a Desembargadora Eulina do Carmo Almeida (Vogal), e dele participaram os Desembargadores Elpídio Donizetti (Relator) e Fábio Maia Viani (Revisor).

O voto proferido pelo Desembargador Relator foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 6 de abril de 2006. - *Elpídio Donizetti* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Elpídio Donizetti* - Trata-se de apelação interposta à sentença (f. 196/202) que, nos autos da ação de indenização cumulada com lucros cessantes e exibição de documentos ajuizada por José Roberto Borba em face de Companhia de Seguros Minas-Brasil, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

Entendeu o Juiz sentenciante que o autor tem direito à indenização relativa ao furto do veículo objeto do contrato de seguro celebrado com a ré, porquanto se faz necessária a notificação prévia para o cancelamento da apólice.

Afirmou, ainda, que o autor estava adimplente com as suas obrigações ao tempo dos fatos e que, portanto, estão preenchidos os requisitos necessários ao pagamento da verba securitária pactuada. Assim, condenou a ré ao pagamento de R$ 20.500,00 correspondente ao valor médio atribuído ao veículo.

No que concerne à indenização por lucros cessantes, todavia, asseverou que o autor não comprovou os prejuízos patrimoniais a justificar tal pretensão, pelo que deferiu o pleito indenizatório, nesse ponto.

A ré aviou embargos de declaração (f. 203/205), os quais foram rejeitados pelo Juiz de primeiro grau, ao fundamento de que inexiste obscuridade ou contradição na sentença (f. 206/207).

Inconformada com a sentença, a ré interpôs apelação (f. 208/220), aduzindo, em suma, que:

a) em razão da inadimplência do autor, a cobertura do seguro estava suspensa no momento do sinistro, razão pela qual não há que se falar em dever de indenizar;

b) a notificação prévia reputa-se desnecessária, uma vez que o risco pelo descumprimento contratual foi assumido pelo segurado;

c) foi comprovada a entrega da apólice juntamente com o carnê de pagamento; entretanto o segurado, na tentativa de escusar-se de suas obrigações em atraso, alegou o não-envio;

d) os efeitos do inadimplemento são de responsabilidade do corretor, porquanto o pagamento do prêmio em atraso foi realizado através da corretora, e não da seguradora;

e) o valor da condenação imposta pelo Juiz sentenciante é excessivo, porquanto baseado exclusivamente em documentos apresentados pelo apelado, os quais foram elaborados em novembro de 2000.

Arremata, requerendo o provimento da apelação para reformar a sentença e, por conseqüência, julgar totalmente improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Caso assim não se entenda, pugna pela fixação da indenização securitária com base no valor médio de mercado do veículo assegurado, ou ainda que o valor da indenização seja apurado em liquidação de sentença.

O autor apresentou contra-razões (f. 224/242), pugnando pela manutenção da sentença pelos seus próprios fundamentos.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Na sentença, asseverou o Juiz de primeiro grau que o inadimplemento do segurado não acarreta o automático cancelamento da apólice de seguro, devendo a seguradora proceder à notificação do segurado para tal fim, o que não ocorreu no caso dos autos.

O Juiz sentenciante assentou ainda que o autor não estava inadimplente com o prêmio relativo ao seguro contratado, reputando como válido o recebimento efetuado através da corretora de seguros, principalmente se tal prática era usual entre a ré e Planan, conforme declarações prestadas pela testemunha Joice Micheline Reis Mendonça.

Assim, condenou-se a apelante ao pagamento de indenização ao apelado no importe de R$ 20.500,00, quantia correspondente ao valor médio de mercado do veículo segurado.

Inconformada, alega a recorrente que, quando da ocorrência do sinistro, a cobertura securitária estava suspensa, em razão do inadimplemento do segurado (apelado) com o pagamento do prêmio.

Ademais, alega que desnecessária é a notificação prévia do segurado acerca da suspensão da cobertura, porquanto o risco pelo descumprimento contratual fora assumido pelo próprio segurado.

Aduz a apelante, ainda, que não se pode reputar válido o pagamento realizado à corretora de seguros, porquanto esta não efetivou referido pagamento à seguradora. Assim, o apelado, ao confiar o pagamento à corretora, transferiu a esta a responsabilidade pelo inadimplemento, isentando a apelante de quaisquer responsabilidades, mormente em se considerando que inexiste relação jurídica entre a corretora e a seguradora apelante.

Por fim, afirma que o montante fixado a título de indenização é excessivo, porquanto baseado exclusivamente em documentos apresentados pelo apelado, os quais foram elaborados em novembro de 2000.

Inicialmente, cumpre assentar que incontroversa resta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso dos autos. De um lado figura a apelante, fornecedora de serviços, e de outro o apelado, destinatário final do contrato de seguro comercializado.

De fato, como bem salientado pela apelante, o art. 12 do Decreto-lei 73/66 e o art. 4º do Decreto 61.589/67 estabelecem que, nos contratos de seguro, o atraso no pagamento do prêmio suspende a cobertura pactuada até o efetivo pagamento, razão pela qual, tendo o sinistro ocorrido durante o inadimplemento, não há que se falar em obrigação de indenizar.

Todavia, em se tratando de relação de consumo, entendo que não se devem aplicar tais dispositivos, porquanto implicam desvantagem exagerada para o consumidor, rompendo, assim, o equilíbrio contratual em benefício da seguradora.

Isso porque o ordenamento jurídico pátrio já prevê compensações pelo inadimplemento, permitindo à seguradora cobrar os valores em atraso, com todos os encargos decorrentes da mora.

A prevalecer o entendimento, sustentado pela apelante, de que o contrato estaria suspenso em face do inadimplemento, as seguradoras ficariam em situação de extrema vantagem: receberiam o pagamento, com juros e correção, resguardado o direito de não pagar a indenização por fato ocorrido durante o período de inadimplemento; ou, inexistindo pagamento ou sinistro, perseguiriam judicialmente o adimplemento do contrato celebrado.

Desse modo, para que possa ocorrer a rescisão ou suspensão da avença, imprescindível é a notificação do consumidor-segurado, para que este possa purgar a mora; ou, se assim preferir, tomar as providências para o fim da cobertura.

Nesse sentido:

> Civil e Processual. Seguro. Veículo de carga. Atraso no pagamento de prestação. Ausência de prévia constituição em mora ou rescisão judicial do contrato. Impossibilidade de automático cancelamento da avença pela seguradora. Dissídio jurisprudencial configurado. Cobertura devida.
> - I. O mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige ou a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação, ou o ajuizamento de ação judicial competente.
> - II. Matéria pacificada no âmbito da colenda 2ª Seção do STJ (REsp nº 316.552/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 09.10.02).
> - III. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 286472/ES, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, data do julgamento: 19.11.02).
>
> Ação de cobrança de seguro. Prescrição relativa ao beneficiário. Denunciação da lide ao IRB. Ausência de pagamento de uma prestação. Juros de mora. Precedentes da Corte.
> [...]
> - 3. A jurisprudência da Segunda Seção está orientada pela necessidade da interpelação para a constituição em mora do devedor, não sendo possível considerar desfeito o contrato antes que tal ocorra.
> [...]
> - 5. Recurso especial conhecido e provido, em parte (STJ, REsp 647186/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, data do julgamento: 1º.09.05).
>
> Civil e Processual. Seguro. Automóvel. Atraso no pagamento de prestação. Ausência de prévia constituição em mora. Impossibilidade de automático cancelamento da avença pela seguradora. Dissídio jurisprudencial configurado. Cobertura devida.
> - I. O mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação.
> - II. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 316552/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, data do julgamento: 09.10.02).

Assim, no caso dos autos, como não houve interpelação prévia do segurado sobre a mora contratual, não há que se falar em suspensão da cobertura securitária.

Cumpre destacar, ainda, que, mesmo em se entendendo que desnecessária era a notificação do segurado (apelado) e que o inadimplemento deste acarreta a suspensão automática da cobertura securitária, ilícita seria a recusa do pagamento por parte da apelante.

É que, compulsando os autos, verifica-se que, na data de 14.03.00, último dia estabelecido para a quitação da prestação vencida em 28.02.00, o autor (apelado) efetuou referido pagamento por intermédio da corretora Planan Administradora e Corretora de Seguros, conforme documentos de f. 44/45.

Entretanto, alega a apelante que o corretor de seguros não efetivou o pagamento da prestação em atraso, não podendo ser responsabilizada pela negligência deste, porquanto inexiste relação jurídica entre a corretora e a empresa de seguro.

Todavia, entendo que, também aqui, não prosperam as alegações da apelante. É que o fato de ser o corretor de seguros profissional

autônomo não retira a responsabilidade da seguradora, porquanto aquele é mero representante desta, por ela autorizado a celebrar contratos em seu nome.

O caso comporta, pois, aplicação da teoria da aparência, pela qual a corretora de seguro vende produto da seguradora a terceiros, como se estivesse a serviço da seguradora.

A propósito, transcreve-se o disposto no artigo 1º da Lei 4.594/64:

> O corretor de seguros, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as sociedades de seguros e as pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado.

Nesse sentido:

> A quitação do prêmio de seguro feito a corretor cadastrado, quando inexistente má-fé do segurado, não elide a responsabilidade da seguradora, se age com dolo o profissional de corretagem (TAMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0313692-9, Relatora: Juíza Maria Elza Campos Zettel, data do julgamento: 18.10.00, unânime).

No mesmo sentido, preceitua o artigo 775 do Código Civil vigente que: "Art. 775. Os agentes autorizados do segurador presumem-se seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem".

O artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor, a seu turno, estabelece a responsabilidade solidária da seguradora, *verbis*: "O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos".

Desse modo, válido é o pagamento realizado pelo apelado diretamente à corretora de seguros vinculada à apelante. Em sendo assim, não há que se falar em inadimplemento do apelado quando do sinistro envolvendo o bem segurado.

Por fim, insurge a apelante em face do valor da condenação imposta pelo Juiz sentenciante.

Na sentença, o Juiz de primeiro grau condenou a apelante, com base nas cartas de avaliação juntadas pelo apelado às f. 54/55, ao pagamento de R$ 20.500,00 a título de indenização pelo furto do veículo objeto do contrato de seguro firmado entre as partes.

Irresignada, alega a apelante que tal valor é excessivo, muito além da realidade do mercado, e baseado exclusivamente em documentos apresentados pelo apelado. Ademais, a decisão recorrida não considerou a cotação apresentada pela recorrente à f. 93, em que, de acordo com a Tabela Fipe, o valor estimado para o veículo era de R$ 11.000,00.

Assim, pugna a apelante pela fixação da condenação em valores compatíveis à Tabela Fipe, ou, caso assim não se entenda, que tal valor seja apurado em liquidação.

Conforme apólice de seguro de f. 21, a indenização do seguro contratado baseava-se no valor médio de mercado do veículo segurado.

Às f. 54/55, o autor juntou cartas de avaliação emanadas de duas empresas estranhas à lide, que afirmam que o valor de mercado do veículo furtado era, respectivamente, R$ 20.000,00 e R$ 21.000,00.

Desse modo, o valor arbitrado pelo Juiz sentenciante - R$ 20.500,00 - encontra-se em consonância com a realidade dos autos e compatível com a realidade de mercado, não se revelando excessivo.

Ressalva-se que as cartas de avaliação apresentadas pelo apelado são de empresas estranhas à lide, enquanto o documento que embasa a pretensão do recorrente fora por ela própria formulado, inexistindo discriminação acerca das formas e dos parâmetros por ela utilizados para a apuração do possível valor do veículo.

À guisa de conclusão, entende-se que o valor arbitrado na sentença recorrida não se

mostra excessivo, pelo que não há que se falar em redução da condenação imposta pelo Juiz sentenciante.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo, por conseguinte, a bem-lançada decisão da lavra do excelente Juiz de primeiro grau, Dr. Aurelino Rocha Barbosa, um dos melhores juízes da Magistratura mineira.

Custas recursais, pela apelante.

-:::-

**MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO - NULIDADE - LEGITIMIDADE PASSIVA - AUTORIDADE COATORA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONCESSÃO DA ORDEM**

**Ementa: Processual civil. Administrativo. Mandado de segurança. Legitimidade passiva. Autoridade coatora adequada. Direito líquido e certo demonstrado. Remoção de servidor público. Formalidade do ato administrativo. Motivação ausente. Inamovibilidade de servidor. Inteligência do art. 37, *caput*, da Constituição da República.**

**- Na verdade, não existe garantia estatutária, nem constitucional, de inamovibilidade para servidor público. Porém, não pode haver abuso, arbitrariedade ou ofensa aos princípios da legalidade, da motivação e da finalidade, quando a Administração pratica seus atos, ainda que sejam eles dotados de discricionariedade.**

**Preliminares rejeitadas. Confirmada a sentença, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.**

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0309.05.006575-9/001 - Comarca de Inhapim - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Inhapim - Apelante: Município de Inhapim - Apelada: Maria de Fátima Maia de Assis - Autoridade coatora: Prefeito Municipal de Inhapim - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 6 de abril de 2006. - *Schalcher Ventura* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Schalcher Ventura* - Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo Município de Inhapim, em face da sentença de f. 63/67, que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Maria de Fátima Maia de Assis contra ato praticado pelo Executivo Municipal de Inhapim, concedeu a segurança, para declarar a nulidade do Decreto n° 084/05, em relação à impetrante, para que a mesma permaneça lecionando na Escola Municipal "Pré-Escolar Tia Odaísa".

Irresignado, requer o Município a reforma do julgado, alegando preliminar de ilegitimidade passiva, pois a indicação da autoridade coatora não se deu na pessoa que pratica o ato impugnado, bem como ausência de direito líquido e certo, demonstrado por prova pré-constituída.

No mérito, aduz, em síntese, que a apelada foi removida por ato ilegal, pois a Lei Orgânica do Município prevê que dito ato seja

feito por portaria, fato que ultrapassa a esfera pessoal da servidora, não havendo que falar em perseguição. Afirma, ainda, que o servidor público não tem direito à inamovibilidade, sendo certo que o Decreto Municipal n° 084/05 não é arbitrário e irregular.

Contra-razões às f. 90/94, argüindo a apelada preliminar de não-conhecimento do recurso, em face da sua intempestividade. No mérito, pugna pela manutenção do *decisum*.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pela manutenção da sentença e pelo desprovimento do recurso voluntário.

Das preliminares.

*Ab initio* analiso a preliminar suscitada pela apelada de não-conhecimento do recurso por intempestividade.

A par das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do início do prazo recursal da sentença proferida no mandado de segurança, se da publicação no jornal oficial ou da intimação do ente municipal, porquanto a autoridade coatora com ele não se confunde, tenho que, *in casu*, a questão não merece tal debate.

É que a sentença foi publicada em 13.07.05, ou seja, no curso das férias forenses, razão pela qual, ainda que se adote essa data como início do prazo recursal, impõe-se considerar a impossibilidade de contagem neste dia.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que há suspensão

> do prazo para interposição de apelação de decisão concessiva de mandado de segurança no período das férias forenses.
> - Em sede de mandado de segurança tem aplicação a regra geral do art. 179 do Código de Processo Civil, que prevê a suspensão dos prazos com a superveniência das férias, não se lhe aplicando as exceções arroladas no art. 174 do mesmo diploma legal.
> - Recurso especial conhecido (STJ - REsp 288.032/ES - 6ª T. - Rel. Min. Vicente Leal - *DJU* de 04.06.01 - p. 270).

Razão pela qual o prazo somente teve início em 1º.08.05, terminando em 30.08.05, tendo sido o recurso protocolizado em 18.08.05, tempestivamente.

Assim, rejeito a preliminar de intempestividade e conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

A preliminar de ilegitimidade passiva há que ser rejeitada, porquanto a apelada apontou adequadamente como autoridade coatora o Executivo do Município de Inhapim, que foi quem praticou o ato impugnado, ou seja, o Prefeito Municipal.

A propósito, este egrégio Sodalício tem admitido a indicação da autoridade coatora até mesmo do órgão municipal, qual seja a prefeitura, se o ato impugnado foi promovido pelo Prefeito, atenuando os rigores quando verificado um mero erro terminológico:

> Mandado de segurança. Ilegitimidade passiva inocorrente. Impetração contra a pessoa jurídica de direito público. Autoridade coatora. - A mera impropriedade terminológica é irrelevante se os autos informam quanto à real identidade da autoridade coatora. Mormente quando o fato não traz nenhum prejuízo à defesa do impetrado (Ap. 163.876-6/00. Rel. Des. Corrêa de Marins).

Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

No que concerne à preliminar de ausência de prova pré-constituída do direito líquido e certo, trata-se de matéria que envolve o mérito do *mandamus*, razão pela qual não é adequada sua análise em sede preliminar.

Passo ao exame do mérito, que se cinge à remoção da recorrida realizada pelo Decreto Municipal n° 77/04, que, por sua vez, estaria eivado de vício, considerando que a Lei Orgânica do Município, nos artigos 55, VI, e 77, II, *b*, define a portaria como instrumento hábil para a remoção do servidor publico, redundando na edição do Decreto n° 084/05, tido por nulo pelo MM. Juiz, por ferir direito líquido e certo da impetrante.

Na verdade, não existe garantia estatutária, nem constitucional, de inamovibilidade para funcionário público. Porém, não pode haver abuso, arbitrariedade ou ofensa aos princípios da legalidade, da motivação e da finalidade quando a Administração pratica seus atos, ainda que sejam eles dotados de discricionariedade.

Pelo que consta dos autos, o ato de remoção da impetrante (Decreto nº 084/05) foi carente da motivação que deveria norteá-lo, conforme observado pelo ilustre Julgador monocrático.

A jurisprudência tem decidido no sentido da necessidade da motivação dos atos administrativos, mesmo os discricionários. É o que se vê da Súmula nº 149 do então Tribunal Federal de Recursos, *in verbis*: "No ato de remoção *ex-officio* do servidor público é indispensável que o interesse da Administração seja objetivamente demonstrado".

A administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro acentua sobre a motivação destes atos discricionários:

> ... o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir (*Direito Administrativo*, 14. ed. São Paulo: Atlas, p. 208).

Impõe-se, pois, que, no caso em análise, o Decreto Municipal n° 084/05, tido por nulo na decisão fustigada, está carente de motivação quanto ao ato que determina a remoção da impetrante, justificando, apenas, que a forma do Decreto Municipal n° 77/2004 não se apresenta adequada.

Ocorre que o simples fato de o ato administrativo que atendeu ao pedido de remoção formulado pela servidora não ter sido editado através de portaria, conforme previsto no art. 77, inciso II, alínea *b*, da Lei Orgânica do Município de Inhapim, não dá ensejo à sua anulação pela Administração Pública, até mesmo porque, consoante entendimentos doutrinário e jurisprudencial dominantes, o instrumento hábil para a edição de atos pelo Chefe do Poder Executivo é o decreto, e não a portaria.

Ademais, no que se refere à forma propriamente dita, se ela não for essencial ao ato, a convalidação é possível.

Na hipótese, o Decreto nº 77/04 atingiu sua finalidade pública, não importando em prejuízo à Administração nem tampouco aos munícipes.

Nesse contexto, não pode prevalecer como justificativa à remoção da impetrante o fato de o referido decreto não ter obedecido à forma adequada.

Forçoso, portanto, concluir que a fundamentação do Decreto nº 084/04, contra o qual se insurge a impetrante, está viciada, impondo-se mesmo a concessão da ordem.

À luz do exposto, rejeito as preliminares e confirmo a sentença, em reexame necessário, prejudicado o apelo voluntário.

Custas, *ex legis*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Kildare Carvalho* e *Maciel Pereira*.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES. EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

**COMPETÊNCIA JURISDICIONAL - JUSTIÇA DO TRABALHO - EMPREGO PÚBLICO - CRÉDITO TRABALHISTA - PRESCRIÇÃO - ART. 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - FUNÇÃO PÚBLICA - TRANSFORMAÇÃO - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - REGIME JURÍDICO ÚNICO - FUNÇÃO GRATIFICADA - VANTAGEM TEMPORÁRIA - INCORPORAÇÃO À REMUNERAÇÃO - DESCABIMENTO - IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS - INAPLICABILIDADE**

**Ementa: Emprego público transformado em função pública. Parcelas vencidas antes do advento do regime jurídico único. Competência da Justiça do Trabalho. Reconhecimento de prescrição bienal (CR, art. 7º, inc. XXIX). Nulidade. Administrativo. Ação ordinária. Gratificação de digitação. Pretendida incorporação à remuneração. Vantagem temporária. Descabimento. Função gratificada. Inocorrência. Irredutibilidade de vencimentos. Inaplicabilidade.**

**- Cabe à Justiça estadual decidir sobre as parcelas que seriam devidas ao servidor após o advento do regime jurídico único no Município, esquivando-se do âmbito de sua competência as verbas vencidas na vigência do regime celetista, incluída aí a afirmação da prescrição dessas verbas à luz do art. 7º, inc. XXIX, da CR/88.**

**- O servidor público municipal não faz jus à incorporação a seus vencimentos das parcelas que lhe eram pagas a título de função gratificada de digitador, nem pode recebê-la se suas atribuições não coincidem com as atividades descritas em lei para aquela função.**

**Apelação não provida, incompetência jurisdicional parcialmente reconhecida.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0687.03.020168-9/001 - Comarca de Timóteo - Apelante: Maria do Carmo Teixeira - Apelado: Município de Timóteo - 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 E, DE OFÍCIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA NOS TERMOS DO RELATOR.

Belo Horizonte, 9 de fevereiro de 2006. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Edgard Penna Amorim* - Trata-se de "ação de recomposição e revisional de direitos salariais" movida por "ação trabalhista com pedido de tutela antecipada", ajuizada por Maria do Carmo Teixeira em face do Município de Timóteo, objetivando fosse restabelecido a ela o pagamento da gratificação de digitação e lhe fossem concedidas a progressão e as vantagens do cargo ocupado pela autora.

Adoto o relatório da sentença (f. 150/157), por exato, e acrescento que o il. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Timóteo declarou prescritas as verbas relativas ao contrato de trabalho vigente anteriormente à Lei nº 1.992/99 e julgou improcedentes os pedidos relativos ao período posterior à adoção do regime jurídico estatutário pelo requerido, condenando a autora ao pagamento das custas e dos honorários do patrono do réu, fixados em R$ 1.500,00, suspensa a exigibilidade em face da concessão da gratuidade judiciária.

Inconformada, apela a autora (f. 158/166), batendo-se pela reforma integral da sentença, argumentando, em síntese, que não foi observado o direito adquirido da servidora (CR, art. 5º, inc. XXXVI), nem a legislação municipal vigente (Lei nº 2.224/00, arts. 1º a 3º, e Lei de Plano de Cargos e Salários do Município de Timóteo). A gratificação de digitação foi suprimida sem que houvesse alteração nas funções desempenhadas pela autora, malferindo-se o princípio da irredutibilidade salarial (CR, art. 37, inc. XV).

Contra-razões às f. 168/173, pela manutenção do julgado.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O il. Magistrado *a quo* rejeitou a preliminar de incompetência absoluta da Justiça estadual suscitada na instância de origem pelo Município-requerido, especialmente em relação

ao período anterior à edição da Lei nº 1.992/99, quando a autora trabalhava sob a égide do regime celetista. Ato contínuo, acolheu a alegação de prescrição do direito da autora de reclamar as parcelas daquele período em face do decurso do prazo prescricional bienal contado de 1º.06.99, data da entrada em vigor do regime jurídico único daquele Município, sem que fosse por ela exercido o direito de ação.

Nesse aspecto, com a devida vênia do d. Sentenciante, ressai evidente a competência da Justiça do Trabalho para decidir sobre as verbas relativas ao período anterior à instituição do regime geral único.

Com efeito, a questão da competência está definida no art. 114 da Constituição da República, que confere à Justiça Especializada a atribuição de "conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União".

Na espécie, antes da edição da Lei Municipal nº 1.992/99, o trabalho da autora era realizado sob a égide celetista. Daí a ilação de que, em virtude da submissão do contrato de trabalho da autora, naquele período, às normas da CLT, compete à Justiça do Trabalho decidir sobre as verbas que lhe seriam cabíveis, inclusive no tocante à prescrição, conforme se posiciona o col. STJ:

> Servidor público. Vantagens celetistas.
> - Reclamação. Competência da Justiça do Trabalho, a cuidar-se de vantagens anteriores à transformação do vínculo celetista em estatutário. (STJ - CC nº 5.355/RJ - 3ª Seção - Rel. Min. José Dantas - j. em 19.08.93 - *DJ* de 06.09.93 - p. 18.011 - *RSTJ* 61/296.)

Este eg. Tribunal de Justiça também já se manifestou de modo favorável à competência da Justiça Especializada para apreciar as verbas vencidas na vigência do regime celetista, à consideração de que as parcelas referentes ao regime estatutário seriam da alçada da Justiça estadual, *ex vi* da Súmula 137 do STJ. A propósito, transcreva-se a jurisprudência:

> Direito administrativo. Servidor. Vantagens. Regime único. Justiça estadual. Incompetência. Créditos incontroversos. Cobrança. Município. - De acordo com o entendimento consolidado no enunciado da Súmula nº 137 do Superior Tribunal de Justiça, não compete à Justiça comum do Estado julgar reclamação do servidor público, referente a vantagens decorrentes da relação de emprego e vencidas em período anterior à instituição do regime jurídico único. (...). (TJMG, Ap. Cív. nº 185.028-8/000, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Mello, j. em 1º.03.01, *DJ* de 27.03.01.)

Assim, a sentença deve ser reformada no ponto em que reconheceu a prescrição de parcelas anteriores a 1999, em razão da manifesta incompetência da Justiça estadual para tanto.

Já no que concerne ao direito à continuidade de percepção da gratificação de digitação após 1º.02.01 e à não concedida progressão a partir do regime jurídico único, cabe a esta Justiça comum apreciar a controvérsia, que reside em saber se a legislação municipal invocada é aplicável ao caso da autora.

Quanto à gratificação pretendida, suprimida em 1º.02.01, sabe-se que a remuneração do servidor público é composta, no geral, pelo vencimento - assim entendido como a "retribuição devida ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, emprego ou função, correspondente ao símbolo ou ao nível e grau de progressão funcional ou padrão, fixado em lei" (cf. José Afonso da Silva, in *Curso de direito constitucional positivo*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 625) - e pelas vantagens pecuniárias, que podem ser definitivas ou transitórias. Sobre estas, cabe transcrever a lição de Hely Lopes Meirelles:

> Vantagens pecuniárias são acréscimos ao vencimento do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (*ex facto temporis*), ou pelo desempenho de funções especiais (*ex facto officii*), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*), ou,

> finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*). As duas primeiras espécies constituem os adicionais (adicionais de vencimento e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações de serviço e gratificações pessoais). (*In Direito Administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 449.)

Notadamente em relação às gratificações de serviço, nas quais se acha enquadrada a vantagem pelo exercício de determinada função especificada em lei, assevera o renomado doutrinador:

> Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias *pro labore faciendo* e *propter laborem*. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí por que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador (Hely Lopes Meirelles. *Op. cit*., p. 458.)

Conforme se vê da elucidativa lição acima transcrita, a parcela relativa às gratificações é vantagem pecuniária de cunho transitório, que somente se mostra devida enquanto verificada a condição excepcional do serviço, qual seja o exercício da função gratificada por força de lei.

Portanto, em virtude do caráter efêmero da mencionada vantagem, não há falar-se em incorporação desta aos vencimentos da autora. Pela mesma razão, embora tenha a requerente recebido tal gratificação em período anterior ao ano de 2001, sempre percebendo a respectiva contraprestação, não se reveste de ilegalidade o ato da Administração Pública que suprime a vantagem em observância da legislação municipal.

Quanto aos invocados arts. 1º a 3º da Lei nº 2.224/00, a autora não foi nomeada nem empossada em virtude dos concursos públicos referidos no art. 1º, nem demonstrou que trabalhava na "área de magistério" (art. 2º), menos ainda que se encontrava em desvio de função há mais de três anos, contados antes de ser nomeada e empossada (art. 3º). Logo, tais dispositivos não se aplicam ao caso presente.

Lado outro, a Lei nº 1.160/90, que previu a gratificação pretendida, dispõe em seu art. 38:

> Art. 38. O servidor designado para função gratificada, além do salário ou vencimento de seu emprego ou cargo efetivo, fará jus a gratificação percentual calculada sobre esses, conforme previsto no Anexo IB (f. 16).

A seu turno, o referido Anexo IB, alterado pela Lei nº 1.420/94, prevê a gratificação no percentual de 20% para os "empregos/cargos das carreiras administrativas com função de digitador", não se referindo especificamente às atribuições exercidas pela autora no cargo de "oficial administrativo I" (f. 26).

Com efeito, a função de digitador compreende as atividades descritas no documento de f. 18, a seguir enumeradas:

> Descrição sumária: converter documentos-fonte em forma aceita pelo computador, utilizando equipamentos apropriados, observando e controlando as etapas de programação, para gravar as informações documentadas pelo sistema de entrada de dados utilizados.
> Descrição detalhada:
> - verificar o conteúdo dos trabalhos a serem realizados, baseando-se no sistema utilizado, para ordenar as informações;
> - organizar os documentos, separando-os por assunto ou por quantidade para possibilitar maior segurança na execução do trabalho;
> - digitar os dados dos documentos-fonte, acionando as teclas correspondentes ao conteúdo a ser transferido, para possibilitar sua gravação;
> - verificar a correção dos dados digitados, providenciando os acertos necessários, para evitar registros incorretos;
> - confeccionar relatórios para atender às solicitações;
> - zelar pelos equipamentos que utiliza;
> - executar outras atribuições compatíveis com a natureza do emprego/cargo, mediante determinação superior.

De fato, não há correspondência, para fins de deferimento da gratificação pleiteada,

das atividades listadas acima com as atividades desempenhadas pela autora, ocupante do cargo de oficial administrativo, cujas atribuições estão arroladas à f. 19, *in verbis*:

> Descrição sumária: Supervisionar e executar atividades burocráticas de sua unidade, examinando processos, controlando numerários, valores ou bens, redigindo e revisando documentos, emitindo pareceres, consultando publicações oficiais e outros documentos, para garantir a perfeita operacionalização dos serviços.
> Descrição detalhada:
> - coordenar e executar trabalhos e atividades da sua área, assistindo a chefia nas etapas de cada processo, desenvolvendo estudos, levantamentos, planejamentos, distribuindo, conferindo e revisando os serviços, para garantir a qualidade e a realização dos mesmos;
> - agilizar os processos referentes à sua unidade organizacional, examinando matérias, fazendo cálculos, redigindo contratos, emitindo pareceres e interpretando e cumprindo a legislação específica;
> - elaborar e revisar minutas de relatórios, circulares, ofícios, portarias, etc., baseando-se nas instruções recebidas e analisando a necessidade de adaptações e ou alterações, para adotar providências de interesse da prefeitura;
> - participar no processo de efetivação de pagamentos e recebimentos, controle de numerários, valores ou bens, no desenvolvimento de novos processos de trabalho, contribuindo com seu conhecimento e experiência, para obter os resultados esperados e promover a racionalização dos serviços;
> - representar a chefia na sua ausência ou impossibilidade de comparecimento, prestando informações, coordenando a unidade, respondendo através de delegação, para garantir a continuidade dos serviços;
> - realizar trabalhos gerais de escritório, datilografando documentos diversos, dirimindo dúvidas, escriturando dados diversos, etc. para assegurar o cumprimento das rotinas;
> - executar outras atribuições compatíveis com a natureza do emprego/cargo, mediante determinação superior.

Nem se diga que a supressão do pagamento da gratificação resultou em ofensa ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos (Constituição da República, art. 37, inc. XV), pois isso só ocorreria se as vantagens abolidas ou reduzidas tivessem caráter permanente. Nesse diapasão é a jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça:

> A Constituição Federal distingue vencimentos de remuneração, sendo que somente o vencimento e as vantagens de caráter permanente compõem os vencimentos e são resguardados pela garantia da irredutibilidade. As demais vantagens pecuniárias que remuneram o servidor público, concedidas a título temporário, não se incorporam aos vencimentos, podendo ser reduzidas ou mesmo suprimidas a qualquer tempo, pela própria natureza transitória que incorporam, em nada violando o princípio constitucional que garante tão-somente a irredutibilidade de vencimentos. (STJ, 6ª Turma, ROMS 4.227/MA, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 16.12.03, *DJ* de 09.02.04, p. 206.)

Finalmente, cabe trazer à colação entendimento deste eg. Tribunal de Justiça, manifestado em hipótese similar à presente, oriunda da mesma comarca:

> Ementa: Administrativo. Servidor público municipal. Reinclusão de gratificação. Lei Municipal nº 1.160/90. Função específica de digitador. Não-cabimento. Progressão horizontal. Ausência de prova. Art. 333, I, do CPC. Improcedência. - Nos termos do anexo I-B da Lei Municipal nº 1.160/90, somente os servidores públicos que exerçam a função de 'Digitador' possuem direito ao recebimento da 'gratificação de digitação', no percentual de 15% (quinze por cento). O recebimento indevido da 'gratificação de digitação' não gera direito adquirido, tendo em vista a própria natureza transitória e precária de tal benefício, sendo que o ato administrativo ilegal não se convalida pelo transcurso do tempo, podendo ser anulado, de ofício, pela Administração Pública, através da autotutela de seus atos. 'O que o princípio da isonomia impõe é tratamento igual aos realmente iguais. A igualdade nominal não se confunde com a igualdade real. Cargos de igual denominação podem ser funcionalmente desiguais, em razão das condições de trabalho de um e de outro; funções equivalentes podem diversificar-se pela qualidade ou pela intensidade do serviço ou, ainda, pela habilitação profissional dos que as realizam. A situação de fato é que dirá da identidade ou não entre os cargos e funções nominalmente iguais.' Ausente a prova de que a autora preenche os requisitos

para fazer jus à progressão horizontal, inviável se mostra o pedido nesse sentido, aplicando-se o disposto no art. 333, I, do CPC. (TJMG -1ª Câm. - Ap. Cív. nº 1.0687.03.020425-3/001, Rel. Des. Gouvêa Rios - j. em 22.02.05 - *DJ* de 11.03.05.)

Lado outro, quanto à pretensão relativa à progressão na carreira, segundo os arts. 34 a 37 da Lei nº 1.160/90 (f. 04), a autora não demonstrou o preenchimento dos requisitos estabelecidos na legislação municipal para a obtenção da progressão, tais como o tempo de serviço (art. 35, inc. I), a pontuação mínima exigida (art. 35, inc. II) e a submissão à regular avaliação de desempenho, conforme dispõe o art. 37 da referida lei.

Portanto, não fazendo a autora jus aos direitos alegados, impõe-se a manutenção da sentença de origem no tocante ao indeferimento dos pedidos iniciais, reformando-a, de ofício, tão-somente em relação ao reconhecimento da prescrição bienal, pela incompetência absoluta da Justiça estadual para fazê-lo.

Pelo exposto, nego provimento à apelação e, de ofício, decoto da sentença de origem a parte relativa ao reconhecimento da prescrição bienal.

Custas recursais, pela recorrente, suspensa a exigibilidade na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Duarte de Paula* e *Isalino Lisbôa*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA NOS TERMOS DO RELATOR.

-:::-

**EXECUÇÃO - PENHORA - NOMEAÇÃO DE BENS - ART. 655 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NÃO-OBSERVÂNCIA - RECUSA PELO CREDOR - DINHEIRO - PENHORA *ON-LINE* - FATURAMENTO MENSAL DA EMPRESA - POSSIBILIDADE - LIMITE - CONVÊNIO *BACEN-JUD***

**Ementa: Agravo de instrumento. Execução. Nomeação de bens. Não-observação da gradação legal. Princípio da efetividade da execução forçada. Penhora *on-line* de dinheiro. Possibilidade. Restrição.**

**- A gradação prevista no artigo 655 do CPC não deve ser vista como critério de extrema rigidez, podendo ser mitigada a partir da análise do caso concreto e das disposições patrimoniais do devedor que respondem para o cumprimento de suas obrigações, conforme disposto no art. 591 do Código de Processo Civil. Entretanto, a finalidade primeva de uma execução forçada é justamente a satisfação concreta e também forçada de um direito de crédito, já devidamente reconhecido através de regular processo de conhecimento. Não se pode reconhecer primazia ao princípio do menor sacrifício ao executado, previsto no art. 620 do CPC, em detrimento dos princípios da efetividade da execução forçada e do desfecho único.**

**- Tratando a execução de procedimento que visa ao exclusivo interesse do credor, a penhora deve recair em bens que lhe assegurem a garantia e a liquidez necessárias a seu crédito. Havendo inobservância da ordem legal de nomeação de bens à penhora e, ainda, constatada a iliquidez dos bens indicados pelo devedor, discordando o credor de sua indicação, devolve-se a ele o direito à nomeação, sendo válida a penhora dos valores exeqüendos em conta corrente ou nos caixas da empresa devedora, desde que não se ultrapasse o limite de 30% sobre o faturamento mensal, até que seja quitado todo o débito.**

AGRAVO N° 1.0024.04.299922-7/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Só Saúde Assistência Médico-Hospitalar Ltda. - Agravados: José Alves Filho e outros - Relator: Des. DÁRCIO LOPARDI MENDES

**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 PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2006. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes (Convocado*) - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG, nos autos da "ação de execução" proposta por José Alves Filho e outro em face de Só Saúde Assistência Médico-Hospitalar Ltda., que indeferiu a nomeação de bens à penhora, por não haver observação do art. 655 do CPC, e deferiu o pedido de penhora *on-line*, formulado pelos ora agravados.

Em suas razões recursais, f. 02/11, o agravante afirma que na verdade não se está penhorando o lucro da empresa, mas suas receitas e garantias financeiras e seu capital de giro para viabilizar a atividade do plano de saúde. Sustenta que a penhora de receitas só pode dar-se em casos extremos, pois a execução deve respeitar o princípio da menor onerosidade do devedor, em consonância com o art. 620 do CPC. O agravante também alega que outros bens foram oferecidos à penhora com bom valor de mercado e boa comercialização, mas o Juiz *a quo* indeferiu a nomeação desses bens.

Conheço do recurso porquanto presentes todos seus pressupostos de admissibilidade.

Como cediço, o ordenamento jurídico pátrio adotou a regra de que o procedimento executório tem como objetivo principal o atendimento dos interesses do credor, com vistas à satisfação da obrigação devida, embora deva ocorrer do modo menos gravoso para o devedor, a teor do art. 620 do Código de Processo Civil.

A propósito, leciona Humberto Theodoro Júnior que:

> A idéia de que toda execução tem por finalidade apenas a satisfação do direito do credor corresponde à limitação que se impõe à atividade jurisdicional executiva, cuja incidência sobre o patrimônio do devedor há de se fazer, em princípio, parcialmente, isto é, não atingindo todos os seus bens, mas apenas a porção indispensável para realização do direito do credor (*Curso de Direito Processual Civil*, v. II, p.12).

Nesse sentido, a gradação prevista no artigo 655 do CPC não deve ser vista como critério de extrema rigidez, podendo ser mitigada a partir da análise do caso concreto e das disposições patrimoniais do devedor, que respondem para o cumprimento de suas obrigações, conforme disposto no art. 591 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já teve oportunidade de decidir que:

> A gradação legal estabelecida para efetivação da penhora não tem caráter rígido, podendo, pois, ser alterada por força de circunstâncias e atendidas as peculiaridades de cada caso concreto, bem como o interesse das partes litigantes (*Jurisprudência Mineira* 44/60).

Não obstante tudo isso, tratando a execução de procedimento que visa ao exclusivo interesse do credor, como expendido alhures, a penhora deve recair em bens que lhe assegurem a garantia e liquidez necessárias ao seu crédito.

*In casu*, os bens nomeados à penhora pela devedora correspondem a aparelhos eletrônicos e de informática, e, portanto, não apresentam liquidez necessária a garantir a presente execução. São bens cujos valores de mercado estão em constante desvalorização, em função de sua depreciação natural. Além do mais, é de se considerar que essa depreciação ainda é mais violenta quando se trata de tais produtos, em função da própria evolução tecnológica, podendo, inclusive, com a venda forçada, alcançarem tão-somente preço vil.

Desse modo, a gradação prevista no artigo 655 do CPC deve prevalecer. Ademais, conforme se colhe dos autos, a devedora desempenha atividade econômica de plano de saúde, contando com mais de 11.000 segurados, como destacado nas próprias razões recursais, o que demonstra que a mesma tem à sua disposição meios mais eficazes de proporcionar garantia à execução.

Saliente-se mais uma vez que a finalidade primeva de uma execução forçada é justamente a satisfação concreta e também forçada de um direito de crédito, já devidamente reconhecido através de regular processo de conhecimento.

O notável processualista pátrio Cândido Rangel Dinamarco, in *Execução civil*, 5. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, p. 115, conceituou o instituto da execução como

> conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material.

Dentre os princípios que regulam especificamente esse tipo de atividade jurisdicional, destaca-se o princípio da efetividade da execução forçada.

Ao se pronunciar sobre o referido princípio, o mestre Alexandre Freitas Câmara, *in Lições de Direito Processual Civil*, 7. ed., Ed. Lumen Juris, v. 2, p. 152/153, disse, com manifesta propriedade, que:

> Este princípio pode ser resumido numa frase que tem servido de *slogan* ao moderno Direito Processual: 'O processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir'.
> Esta afirmativa é válida para todos os tipos de processo, sendo certo que na execução forçada encontra-se um ponto sensível do sistema, onde se pode verificar com mais acuidade a aptidão do processo jurisdicional para atingir os fins que dele são esperados. A execução forçada, destinada que é a satisfazer o direito de crédito do exeqüente, só será efetivada à medida que se revelar capaz de assegurar ao titular daquele direito exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir. Assim, na execução por quantia certa, o processo de execução só será efetivo se for capaz de assegurar ao exeqüente a soma em dinheiro a que faz jus.
> (...)
> De toda sorte, a opção do sistema processual brasileiro é pela execução específica, em que se busca assegurar ao titular do direito precisamente aquilo a que ele tem direito. Apenas excepcionalmente se admite a execução genérica, em que o credor é levado a se contentar com um substitutivo pecuniário, em vez de receber aquilo a que faria jus conforme os ditames do direito substancial.

Portanto, entendo pertinente o indeferimento do ilustre Juízo *a quo* no que diz respeito aos referidos bens nomeados à penhora pela empresa executada, assim como também o deferimento do pedido realizado pelo exeqüente quanto à penhora através do sistema Bacen-Jud, pelo que passo a expor.

Conforme Ofício-Circular nº 24/2005, da Corregedoria-Geral de Justiça, enviado a todos os juízes membros, foi viabilizado aos juízos da Capital e do interior do Estado, através de adesão do Tribunal de Justiça ao Convênio de Cooperação Técnico-Institucional, celebrado entre o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho da Justiça Federal e o Banco Central do Brasil, o acesso ao Bacen-Jud, sistema de bloqueio *on-line*.

Referido sistema permite ao juiz de direito, pela internet, mediante senha criptografada, solicitar ao Banco Central do Brasil informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas e comunicações de decretação e extinção de falências, envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional.

Certo é que a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5.º, inc. X, que são invioláveis a intimidade e a vida privada; contudo não se pode perder de vista o dever do

Estado de contribuir para a busca da verdade e para a solução dos litígios.

Nesse sentido, tenho manifestado nos processos de minha relatoria que o Sistema Bacen-Jud consiste em instrumento importante para a promoção da celeridade processual e a efetividade da prestação jurisdicional, possibilitando ao Poder Judiciário maior agilidade no cumprimento das ordens no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, sem que tal medida venha a ser considerada atentatória ao direito de privacidade e ao sigilo bancário.

A propósito, vejamos recentes julgados desta eg. Corte:

> Agravo de instrumento. Execução. Penhora *on-line* de numerário em conta corrente de executados. Possibilidade. Recurso provido. - Possível é a realização de penhora *on-line* de numerário disponível em contas correntes da empresa executada e de seus sócios. Agravo provido (AI nº 1.0702.98.007601-3/001, Relator: Desembargador Eduardo Andrade, *DJ* de 19.08.05).

> Execução fiscal. Penhora *on-line*. Possibilidade. Requisitos. - A penhora *on-line* é um sistema inovador utilizado pelo Poder Judiciário, com apoio no art. 655 do CPC, que dá preferência à penhora em dinheiro, para viabilizar, de forma mais célere, a garantia da execução, permitindo aos juízes, através de solicitação eletrônica, bloquear instantaneamente as contas correntes do executado. A referida medida deverá ser utilizada de forma proporcional, de maneira que não poderá causar qualquer instabilidade à empresa executada, impedindo o seu funcionamento ou, muito menos, extrapolar os limites da dívida executada. Se obediente a tais requisitos, nada obsta, legalmente, o seu deferimento (AI nº 1.0702.96.021282-8/001, Relator: Desembargador Geraldo Augusto, *DJ* de 20.05.05).

Nessa seara, entendo que o dinheiro arrecadado por empresa devedora em conta na agência bancária ou em seus próprios é penhorável, desde que não se ultrapasse um determinado limite percentual sobre seu faturamento mensal, para que a mesma possa movimentar o saldo remanescente, caso exista.

No caso em questão, por se tratar a executada, ora agravante, de uma empresa operadora de plano de saúde de pequeno porte, entendo razoável que se realize a penhora *on-line* de 30% sobre o faturamento mensal da mesma, para que as atividades que desenvolve não restem inviabilizadas.

Nesse sentido, citem-se os seguintes julgados deste eg. Tribunal e do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, respectivamente:

> Penhora em dinheiro disponível em entidade bancária. Possibilidade. - O dinheiro em caixa de agência bancária, a não ser quando vinculado a determinado mister, é penhorável, já que, depositado, ingressa em sua completa disponibilidade, ficando o depositário apenas obrigado à devolução de valor correspondente, quando solicitado, adquirindo, pois, o depósito natureza especial, com limitação à relação contratual respectiva, sem importar em reconhecimento de propriedade alheia (Acórdão 288.734-1, Agravo de instrumento, Comarca: Uberaba, Quinta Câmara Cível, Relator: Juiz Ernane Fidélis, j. em 26.08.99, *DJ* de 07.12.99).

> Execução. Penhora. Nomeação de bens pelo devedor. Inobservância do artigo 655 do Código de Processo Civil. Recusa pelo credor. Devolução a este do direito à indicação (artigo 657 do Código de Processo Civil). Constrição sobre numerário depositado em conta corrente bancária. Validade. - Como o devedor não se valeu do disposto no artigo 655 do Código de Processo Civil, não indicando bens válidos para penhora, foi devolvida ao credor a faculdade (artigo 657 do Código de Processo Civil), tendo este apontado dinheiro, depositado em instituição bancária, e observando a ordem legal (artigo 655 do Código de Processo Civil) (...) (AI 659.350-00/2, 8ª Câm., Rel. Juiz Renzo Leonardi, j. em 28.09.00).

Assim, tendo em vista que a devedora não obedeceu à ordem legal para fazer a nomeação de bens à penhora e, ainda, que os bens por ela indicados não possuem liquidez, sendo de difícil comercialização, impõe-se que a penhora seja realizada da forma como requerida pelo credor e deferida pelo ilustre Magistrado de primeiro grau, uma vez que o agravado já sofreu sérios danos em razão do constrangimento a

que a executada o submeteu, não sendo razoável, agora, que enfrente delongas e obstáculos infindáveis para obter a satisfação de sua compensação por danos morais.

Diante do exposto, e pelos fundamentos ora aduzidos, dou parcial provimento ao presente agravo para que seja mantida a penhora *on-line* de acordo com o sistema Bacen-Jud, devendo, contudo, ser respeitado, o limite percentual de 30% sobre o faturamento mensal da empresa, por tantos meses quantos necessários forem para perfazer o total da dívida, não comprometendo, assim, suas atividades.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Valdez Leite Machado* e *Dídimo Inocêncio de Paula*.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:::-

**AÇÃO DECLARATÓRIA - NULIDADE - CLÁUSULA CONTRATUAL - CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL - JUROS COMPOSTOS - ADMISSIBILIDADE - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - INDETERMINAÇÃO - CLÁUSULA POTESTATIVA - BUSCA E APREENSÃO - CONSTITUIÇÃO EM MORA - AUSÊNCIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - SALDO DEVEDOR - RESTITUIÇÃO - ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE**

**Ementa: Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais. Desnecessidade de fato superveniente. Capitalização mensal. Cédula comercial. Possibilidade. Comissão de permanência. Indeterminação. Potestatividade. Ação de busca e apreensão. Extinção. Falta de constituição válida em mora. Recálculo da dívida. Incidência de encargos de mora em caso de apuração de saldo devedor. Restituição em dobro. Artigo 42 do CDC. Descabimento. Inexistência de relação de consumo.**

**- A declaração de nulidade de cláusulas contratuais abusivas não se confunde com a revisão contratual fundada na teoria da imprevisão, pois versa sobre a ilegalidade do próprio pacto, vício que não é passível de convalidação.**

**- A capitalização mensal dos juros nos contratos é admitida nos casos previstos em lei, quais sejam: nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial, nos termos da Súmula nº 93 do Superior Tribunal de Justiça.**

**- A indeterminação da comissão de permanência empresta certa potestatividade ao contrato e não se afina à letra e ao espírito do artigo 122 do atual Código Civil, donde se conclui pela inviabilidade jurídica de sua incidência.**

**- Não resta caracterizada a mora do devedor, para efeito de ajuizamento de ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, se o montante do débito é objeto de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual julgada procedente, ainda que em parte.**

**- Determinado o recálculo da dívida pela sentença, com observância dos encargos fixados em juízo e com o abatimento de eventuais pagamentos ou depósitos judiciais realizados, ainda poderá verificar-se eventual atraso nos pagamentos pelo devedor, permanecendo aplicáveis, portanto, os encargos moratórios.**

**- A restituição do valor cobrado indevidamente deve ser efetivada de forma simples, e não em dobro, afastada a aplicação do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0672.99.000816-7/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelantes: 1º) Banco Fiat, 2º) Sebastião Generoso da Silva Júnior - Apelados: os mesmos - Relator: Des. ELIAS CAMILO

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 08 de junho de 2006. - *Elias Camilo* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Elias Camilo* - Cuidam os autos de dois recursos de apelação contra a sentença de f. 265-273, que rejeitou a preliminar de carência de ação e, no mérito, julgou procedente em parte o pedido formulado pelo segundo apelante na ação de anulação e revisão de cláusulas contratuais, para afastar a incidência de juros capitalizados e da comissão de permanência em percentual superior aos juros remuneratórios (31,28% ao ano), além de anular a cláusula 9ª do contrato, determinando o recálculo das parcelas e a repetição pelo primeiro apelante do valor cobrado indevidamente.

Fundamentando sua decisão, conclui o ilustre Juiz sentenciante que a relação jurídica das partes não é comercial, mas de consumo, sendo simulada a emissão de cédula comercial. Afirma que a Lei da Usura não se aplica às instituições financeiras, carecendo de auto-aplicabilidade o art. 192, § 3º, da CF. Aduz ser perfeitamente possível a declaração judicial de nulidade das cláusulas contratuais, devendo ser afastados os juros capitalizados e a comissão de permanência segundo as "taxas de mercado", devendo ser limitada à taxa de juros contratada. Afirma, ainda, ser abusiva a exigência de entrega de nota promissória ao primeiro apelante.

Na mesma oportunidade, decretou a falta de interesse de agir do primeiro apelante quanto à ação de busca e apreensão conexa, pela inexistência de mora, decorrente do depósito das parcelas em juízo pelo segundo apelante, extinguindo a lide sem julgamento de mérito.

Opostos os embargos de declaração de f. 275 pelo segundo apelante, foram rejeitados pela decisão de f. 277.

Na peça recursal de f. 279-295, sustenta o primeiro apelante a obrigatoriedade dos termos do contrato, pactuados livremente pelo apelado, e a inexistência de fato superveniente que autorize sua revisão judicial. Aduz que os juros previstos no contrato, cuja cobrança é feita quando do pagamento de cada parcela, não podem ser considerados abusivos, estando em consonância com as taxas aplicadas no mercado e com as previsões da MP 2.170-36, que autoriza expressamente a capitalização com periodicidade inferior à anual. Alega que a cobrança da comissão de permanência durante a mora do devedor é legítima, porquanto autorizada por resolução do Banco Central e destinada a indenizar as perdas e danos decorrentes do lucro cessante, não havendo sua cumulação com a correção monetária. Afirma, por fim, que os depósitos judiciais aleatórios realizados pelo apelado não afastam sua mora, razão por que estão presentes as condições necessárias à propositura da busca e apreensão do bem.

Arremata, requerendo a reforma da sentença, para julgar improcedente o pedido revisional e determinar o regular prosseguimento da ação de busca e apreensão.

No segundo apelo de f. 298-309, sustenta o apelante não haver pedido de transmutação da cédula de crédito comercial em compra e venda a prazo, como feito pelo Magistrado de origem. Aduz que, sendo o ato simulado apenas anulável, a declaração judicial depende de requerimento de uma das partes. Afirma que, em qualquer caso, fica afastada a sua mora, diante do afastamento, pela sentença, dos juros capitalizados e da comissão de permanência acima de 31,28% ao ano, razão por que quaisquer encargos de mora, inclusive multa e comissão nos moldes fixados pela sentença, devem ser excluídos do recálculo. Alega que, por aplicação do art. 42 do CDC, faz jus à restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente, não se tratando de erro justificável do apelado.

Requer, ao final, o provimento do recurso, para reformar a sentença nos pontos atacados.

Recebidos os recursos, foram ofertadas as contra-razões de f. 322-329 e 330-336, requerendo cada qual o improvimento do recurso da parte adversa.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

Primeiro recurso:

No primeiro apelo, o banco apelante sustenta ser descabida a revisão contratual, por inexistir fato superveniente imprevisível que afaste a obrigatoriedade dos termos contratados, bem como ser permitida a capitalização mensal de juros e a cobrança de comissão de permanência segundo as taxas médias do mercado financeiro.

Primeiramente, saliento que o pedido exordial não cuida da revisão de cláusulas contratuais, como reiteradamente vêm sendo denominadas no meio forense as ações deste tipo, pois não se fundam na teoria da imprevisão ou na possibilidade de alteração pelo juiz das cláusulas "em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas", nos termos do artigo 6º, inciso V, do CDC.

Na verdade, o que busca o apelado é a declaração de nulidade de cláusulas contratuais que entende serem abusivas, ilegais e inconstitucionais. Não se trata, assim, de revisão contratual, mas de reconhecimento de encargos ilícitos previstos no pacto, que não são passíveis de convalidação.

Com efeito, a regra fundamental que determina a intangibilidade dos negócios jurídicos não constitui óbice para que, em contratos bancários, possa ocorrer a intervenção judicial, reconhecendo-se a nulidade de cláusulas abusivas que estabeleçam encargos excessivos, para eliminá-los ou reduzi-los aos limites previstos em lei específica, pois não é razoável que se convalide o que é abusivo e nulo.

Afastada qualquer restrição processual à declaração de nulidade de eventuais cláusulas ilícitas encontradas no contrato, cumpre apreciar a alegação de que não há vedação à capitalização mensal de juros.

Não se pode negar que é vedada a capitalização mensal dos juros nos contratos, ainda que expressamente pactuada, sendo certo que tal prática somente é admitida nos casos previstos em lei, quais sejam nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial, nos termos da Súmula nº 93 do Superior Tribunal de Justiça, assim redigida: "A legislação sobre a cédula de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros".

Nesse ponto, cumpre notar que as partes firmaram cédula de crédito comercial (f. 15-16), em que figura como credor o banco apelante e como garantidor o ora apelado, avalizando o empréstimo feito pela instituição financeira à concessionária onde foi adquirido seu veículo, conforme contrato de compra e venda de f. 14. Portanto, a cédula de crédito comercial avalizada pelo apelado não traz em seu bojo qualquer relação de consumo, apenas é acessória à compra e venda realizada com a concessionária.

Não há, portanto, qualquer vedação à capitalização mensal de juros no caso dos autos, por se tratar de cédula de crédito comercial em cuja operação a lei permite expressamente a capitalização dos juros, impondo-se a reforma da sentença nesse ponto.

No que tange à comissão de permanência, esta Câmara Cível tem mantido o firme posicionamento de que é ilegal a sua exigência quando do atraso no adimplemento de obrigações estipuladas em contratos bancários, não pela impossibilidade de cumulá-la com outros encargos, mas pela potestatividade da sua fixação unilateralmente pelo credor.

Da leitura da cédula comercial (f. 15), verifica-se que a comissão de permanência não restou estipulada em índice certo, facultando o pacto sua cobrança pela taxa contratualmente prevista ou pela taxa praticada pela instituição na data do pagamento.

Tenho que a indeterminação desta comissão de permanência empresta certa potestatividade ao contrato e não se afina à letra e ao espírito do artigo 122 do atual Código Civil, donde se conclui pela inviabilidade jurídica de sua incidência na forma contratada.

Assim já decidiu este Tribunal de Justiça:

> Revela-se potestativa a cláusula inserida em contrato bancário de financiamento que prevê a aplicação de Comissão de Permanência com taxa futura não especificada para o caso de mora, o que dificulta ou impossibilita o controle por parte do devedor, além de submeter o contratante ao arbítrio da financeira, sendo absoluta a nulidade se a taxa utilizada extrapola o total das taxas e comissões avençadas para o período de normalidade. Inteligência do art. 115 do Código Civil (9ª Câmara Cível, Apelação nº 0349234-0, Rel.ª Des.ª Vanessa Verdolim Andrade, j. em 27.11.01).

Limitando a sentença a incidência de tal comissão à própria taxa dos juros remuneratórios fixados no pacto, uma das hipóteses previstas na cláusula contratual que cuida daquele encargo, afasta o Magistrado a potestatividade referida, impondo-se a manutenção da sentença neste ponto.

Por fim, insurge-se o apelante contra a extinção, sem julgamento de mérito, da ação de busca e apreensão, afirmando permanecer a mora do apelado, independentemente dos depósitos judiciais realizados.

Com a devida vênia, com a procedência, ainda que parcial, da ação declaratória movida pelo apelado, afastando parcela abusiva de encargos do valor da dívida principal alegada na ação de busca e apreensão, não se pode considerar que a *mora debendi* se constituiu validamente.

Esta é a orientação desta Corte:

> Não há que se falar em prosseguimento da ação de busca e apreensão, uma vez que, reconhecida, em sede de ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais, a cobrança indevida de encargos pelo banco credor, incerta se tornou a mora, devendo, pois, ser extinta a demanda de busca e apreensão, já que tem por fundamento justamente a caracterização da mora do devedor (Apelação Cível nº 390.585-1, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Vieira de Brito, j. em 13.08.03).
>
> O reconhecimento, em ação declaratória de nulidade de cláusulas, da cobrança indevida de encargos pelo credor não leva à improcedência da ação de busca e apreensão, mas sim à sua extinção sem julgamento do mérito por falta dos pressupostos processuais de constituição da ação, a saber, a caracterização válida da mora do devedor (Apelação Cível nº 423.557-0, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Albergaria Costa, j. em 04.02.04).

Impõe-se, então, a manutenção da sentença que extinguiu a ação de busca e apreensão sem julgamento de mérito.

Segundo recurso:

Insurge-se o segundo apelante contra a sentença, afirmando, primeiramente, que não pediu a transmudação da cédula de crédito comercial em compra e venda, como feito pelo Magistrado, sendo necessário requerimento da parte para que seja declarada a simulação.

Entretanto, como já exposto na análise do primeiro apelo interposto, não se confunde a relação de consumo travada entre o ora apelante e a concessionária onde foi adquirido o veículo, com aquela decorrente da cédula de crédito comercial, em que aquele figura como garantidor desta junto à instituição financeira apelada.

Assim, muito embora toda a relação negocial tenha, efetivamente, sido originada de uma relação de consumo, como ressalta o Juízo de origem, o fato é que esta existe apenas entre o apelado e a concessionária onde adquiriu seu veículo, porquanto o meio de obtenção do crédito pelo apelado não tem qualquer natureza consumerista.

Não há, portanto, que se falar em descaracterização da cédula comercial, alegação nem sequer suscitada pelo apelante, permanecendo a validade de tal título, inclusive com as peculiaridades já expostas no julgamento do primeiro recurso.

Afirma o apelante, ainda, que, reconhecida a ilegalidade dos encargos cobrados pelo apelado, fica afastada sua mora, de forma que não deve responder pela multa moratória e pela comissão de permanência, verbas que deverão ser decotadas quando do cálculo da dívida.

É bem verdade que, diante da redução da comissão de permanência cobrada pelo apelado, não se pode ter por validamente constituída a mora do apelante, como já decidido no primeiro apelo, ao se manter a extinção sem julgamento de mérito do pedido de busca e apreensão.

Entretanto, não se pode olvidar que a cobrança de comissão de permanência em percentual maior que o devido pelo apelante não inviabilizava o cumprimento de suas obrigações, ainda que mediante depósito judicial do valor incontroverso do débito.

Tendo sido determinado o recálculo da dívida pela sentença, com observância da comissão de permanência fixada em juízo e com o abatimento de eventuais pagamentos ou depósitos judiciais realizados no curso das lides, ainda poderá ser verificado eventual atraso nos pagamentos pelo apelante, permanecendo aplicáveis, portanto, os encargos moratórios contratualmente previstos, com as limitações estabelecidas pelo juízo.

Por fim, efetivamente, deve ser afastada a aplicação do artigo 42, parágrafo único, do CDC, uma vez que não se trata de relação de consumo, dada a natureza da cédula de crédito comercial avalizada pelo apelante, como já exposto anteriormente.

- Dispositivo:

Com tais considerações, dou parcial provimento ao primeiro recurso, reformando a sentença para permitir a capitalização mensal dos juros pactuados; e, quanto ao segundo recurso, também o provejo em parte tão-somente para afastar a descaracterização da cédula de crédito comercial determinada na sentença, mantendo, quanto ao mais, os termos daquele *decisum*.

Custas recursais, divididas igualmente entre as partes.

*A Sr.ª Des.ª Heloísa Combat* - De acordo.

*O Sr. Des. Renato Martins Jacob* - Estou acompanhando a parte conclusiva do respeitável voto proferido pelo culto Relator.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS.

-:::-

## EXECUÇÃO - REMIÇÃO - AUTO DE ARREMATAÇÃO - ASSINATURA POSTERIOR - FLEXIBILIZAÇÃO DO PRAZO - ART. 788, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**Ementa: Execução. Remição pleiteada antes da assinatura do auto de arrematação pelo magistrado *a quo*. Possibilidade. Flexibilização do prazo de 24 horas previsto no art. 788, inciso I, do CPC.**

**- Considerando-se a finalidade do instituto da remição de oportunizar que a família fique com o bem alienado, há necessidade, diante do caso concreto e específico, de se temperar a norma dos arts. 787 e 788, inciso I, do CPC, no que se refere ao prazo de 24 horas trazido neste último artigo. Aliás, o pedido de remição não preclui na arrematação, senão porque, como visto, o art. 788 determina dois prazos para o pedido de remição, um da arrematação e outro da adjudicação. Assim, verificando-se nos autos que a remição foi requerida antes da assinatura do auto de arrematação pelo magistrado, permanece possível e exercitável o direito de remir.**

AGRAVO N° 1.0112.03.035399-2/001 - Comarca de Campo Belo - Agravante: Maria Tereza Ribeiro Xavier - Agravado: Vicente Fernandes Campos - 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 REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2006. - *Geraldo Augusto* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Geraldo Augusto* - Conhece-se do recurso ante a presença dos requisitos necessários à sua admissibilidade.

Trata-se de agravo interposto contra decisão (f. 19/23), que, nos autos da ação de remição que a agravante move contra o agravado, reconheceu/acolheu a preliminar de intempestividade da agravante, requerente originalmente, para exercer o direito à remição dos bens descritos no auto de arrematação de f. 40.

Argumenta a agravante, em resumo, que a preliminar de intempestividade do ato de remição não poderia ser acolhida pelo Juízo *a quo*, nos moldes da decisão agravada; que a decisão agravada merece ser anulada por julgamento *extra petita*; e, no mérito, que a ação de remição foi proposta tempestivamente e que até a presente data o auto de arrematação não foi aperfeiçoado com a assinatura do MM. Juiz. A agravante colaciona vasta doutrina e jurisprudência em favor de seu pedido, registrando, finalmente, que lhe seja deferido o pedido de remição.

Foi conferido efeito suspensivo ao recurso (f. 121/122-TJ).

Em contraminuta, requer a agravada, preliminarmente, que a preliminar argüida não seja acolhida, uma vez que inexistente, no caso, julgamento *extra petita*; e, no mérito, pede seja negado provimento ao presente recurso. (f.141/151)

É o relatório.

Examina-se a preliminar de nulidade da decisão, por suposto julgamento *extra petita*.

É bem sabido que a decisão somente é considerada *extra petita* se decide sobre questões e pedido diversos do objeto da ação. Neste caso concreto, não houve julgamento de objeto diferente, sendo certo, assim, que a decisão não merece ser considerada nula em nenhum de seus termos.

Dessa forma, rejeita-se a preliminar.

Quanto ao mérito, analisando os documentos acostados aos autos e as razões trazidas com o presente recurso, afigura-se a necessidade de se acolher o pedido meritório deste agravo, para lhe dar provimento.

Isso porque, considerando-se a finalidade básica do instituto da remição de oportunizar à família que fique com o bem alienado, verifica-se a necessidade de se temperar a norma dos arts. 787 e 788, inciso I, do Código de Processo Civil; especialmente quando, diante do caso concreto, existe prova, nos autos, de que o pedido de remição, dirigido pelo ascendente do executado, se deu em momento anterior à assinatura do auto de arrematação pelo Magistrado *a quo*.

Ora, anote-se que o prazo de 24 horas aludido pelo art. 788, inciso I, do CPC deve ser interpretado como limite mínimo dentro do qual não se pode assinar o auto de arrematação, sendo firme o entendimento de que, ocorrendo atraso do cartório quanto à assinatura desse documento, certamente continuará possível e exercitável o direito de remir por aqueles que são legalmente legitimados a tanto (entendimento da Juíza Relatora Jurema Brasil Marins, da 3ª Câmara Cível do antigo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, quando do julgamento do Agravo de Instrumento 333.043-2, j. em 25.04.01).

Lado outro, compartilhamos o entendimento do ilustre representante do Ministério Público de Minas Gerais, em seu parecer de f. 113/114: "quanto ao prazo para o depósito do preço da remição, não vislumbramos qualquer irregularidade no fato de o juiz, observando que o mesmo não acompanhou o pedido, determinar

sua juntada *a posteriori*" (f. 89); sendo irrelevante, portanto, a argumentação contrária trazida em sede de contra-razões.

Dessa forma, dúvidas não restam sobre a tempestividade/possibilidade do pedido de remição *in casu*, merecendo provimento o presente recurso, para que seja cassada a decisão agravada.

Finalmente, registre-se que, de início, ante a natureza dos bens descritos às f. 51/56, quais sejam, dentre outros, cinco bandejas inox, batedeiras, conjunto para café, fogão e microondas, não se afigura nenhum tipo de lesão/perdas para o agravado, uma vez que todo o valor dos referidos bens será revertido para o pagamento do débito exeqüendo.

Com tais razões, dá-se provimento ao recurso, cassando-se a decisão agravada, para, ante a comprovação da regularidade do depósito remissivo, deferir-se o pedido.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* e *Eduardo Andrade*.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

## MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - SAÍDA DE MERCADORIA - PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - CONCESSÃO DA ORDEM

**Ementa: Mandado de segurança. Apelação cível. Direito Tributário. ICMS. Redução da base de cálculo nas saídas. Creditamento integral. Princípio da não-cumulatividade. Precedentes do Pretório Excelso.**

**- A redução da base de cálculo, quando da saída de determinada mercadoria, não representa isenção parcial, de sorte que, nos termos do princípio da não-cumulatividade, é devido o creditamento integral do imposto pago na operação antecedente.**

**Precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0382.04.045120-7/001 - Comarca de Lavras - Apelante: Supermercados Rex Ltda. - Apelada: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Chefe da Adm. Fazendária de Lavras - Relator: Des. SILAS VIEIRA

**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, 24 de março de 2006. - *Silas Vieira* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Silas Vieira* - Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de f. 2.566/2.570, proferida nos autos do mandado de segurança preventivo impetrado por Supermercados Rex Ltda. contra ato do chefe da Administração Fazendária de Lavras, por via da qual o MM. Juiz da causa, entendendo inexistir o direito de compensação do ICMS pela integralidade, denegou a segurança.

Inconformado, interpôs o impetrante o presente recurso, sustentando, em apertada síntese, que a limitação à compensação disciplinada no item 19 do Anexo IV do RICMS/02 padece de inconstitucionalidade, pois viola o princípio da não-cumulatividade.

Contra-razões às f. 2.594/2.601.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso (f. 2.615/2.618).

Preparo à f. 2.590.

Conheço do recurso, visto que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Segundo consta dos autos, Supermercados Rex Ltda. impetrou o presente *mandamus* contra ato do chefe da Administração Fazendária de Lavras, objetivando que este se abstenha de praticar qualquer ato tendente a exigir o estorno dos créditos havidos quando da compra de mercadorias da cesta básica, reconhecendo o direito de compensar integralmente os créditos do imposto, por aquisição de mercadorias tributadas e revendidas mencionadas no item 19 do Anexo IV do RICMS/2002.

Pois bem.

Cinge-se a controvérsia à limitação imposta pela legislação do Estado de Minas Gerais ao direito de compensação de créditos oriundos de operações envolvendo alíquota de ICMS acima de 7%. Nesses casos, para determinados produtos que especifica, por serem beneficiados com redução da base de cálculo na venda, a orientação traçada pelos diplomas legais mineiros impede o aproveitamento integral do valor pago na compra, limitando-o a 7% do *quantum* consumido na aquisição da mercadoria.

A questão debatida nos autos é deveras polêmica, havendo forte divergência jurisprudencial a respeito, em especial nesta Corte Mineira.

Após reexaminar a matéria, estou a rever meu posicionamento, na medida em que alcancei o entendimento de que a limitação, tal como imposta, não merece prevalecer.

Explico.

A Lei Estadual nº 6.763/75, ao disciplinar a questão examinada, dispôs, em seu artigo 31, § 1º (com redação semelhante em seu artigo 32, IV), *verbis*:

> Artigo 31 - Não implicará crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou nas prestações subseqüentes:(...)
> § 1º - Salvo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou a prestação subseqüente estiver beneficiada com redução da base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada.

Seguindo tal linha de orientação, o item 19.4 do Anexo IV do RICMS/02 preceituou, *verbis*:

> 19.4 - Na hipótese de aquisição de mercadoria referida neste item, com carga tributária superior a 7% (sete por cento), estando a operação subseqüente beneficiada com a redução, o adquirente deverá efetuar a anulação do crédito de forma que a sua parte utilizável não exceda a 7% (sete por cento) do valor da base de cálculo do imposto considerada na aquisição da mercadoria, exceto relativamente aos seguintes produtos:
> *Omissis*.

Todavia, malgrado os textos legais acima transcritos, estou convencido de que o princípio da não-cumulatividade restou malferido. Senão vejamos.

O ICMS, como cediço, é um imposto não cumulativo,

> compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal (artigo 155, § 2º, I, da Carta da República).

Ao tratar da compensação de créditos, a Carta Magna estipulou em seu artigo 155, § 2º, II, *verbis*:

> II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:
> a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;
> b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 87/96, em seus artigos 19 a 21, dispôs, *verbis*:

> Artigo 19 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.
> Artigo 20 - Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.
> § 1º - Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.
> Artigo 21 - O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:
> I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço.

Como se vê da simples leitura dos dispositivos da Constituição da República e da Lei Complementar nº 87/96, especificamente quanto à limitação ao aproveitamento de crédito, somente se admite a figura do estorno quando se tratar de isenção ou não-incidência, hipóteses estas que, desde já, é preciso salientar, não se confundem com a figura da redução da base de cálculo.

Antes de prosseguir, cumpre-me registrar que a solução da *vexata quaestio* será feita sem cotejar diretamente a legislação mineira com os comandos constitucionais (em especial o art. 155, § 2º, I e II), pois, se assim não fosse, necessária seria a instalação do incidente de inconstitucionalidade a que se referem os artigos 480/482 do Código de Processo Civil c/c artigo 97 da CRF/88.

Dessa forma, com arrimo no art. 248, § 1º, IV, do RITJMG, passo a analisar a matéria exclusivamente no âmbito da Lei Complementar nº 87/96, cujo teor, no que importa, é suficiente para o correto desate da controvérsia.

Pois bem.

Retornando ao *meritum causae*, veja-se que a LC nº 87/96, especialmente em seus artigos 20 e 21, somente admite a mitigação ao princípio da não-cumulatividade nas hipóteses de entrada de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, devendo ser o imposto estornado, ainda, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta.

Ora, dúvida não há de que a legislação de regência se limitou a disciplinar as figuras da isenção e da não-incidência, de sorte que, *a contrario sensu*, nenhuma restrição deverá haver quando se tratar de redução da base de cálculo.

Nessa ordem de idéias, a legislação estadual, nos pontos em que atacada pelo apelante, ao limitar o creditamento a 7% do valor pago na entrada (em razão da redução da base de cálculo na saída), revela-se manifestamente desalinhada de texto normativo de hierarquia superior (lei complementar), assinando, assim, sua sentença de invalidade.

Nem se argumente a esse respeito que a redução da base de cálculo equivaleria a uma isenção parcial, o que, se fosse correto, implicaria a legalidade da limitação imposta.

Definitivamente, não.

A diferença entre os institutos foi bem expressa por Sacha Calmon, *verbis*:

> Ocorre, no entanto, que, à luz da teoria da norma jurídica tributária, a denominação de isenção parcial do imposto a pagar, através das minorações diretas de base de cálculo e de alíquotas, afigura-se absolutamente incorreta e inaceitável. A isenção ou é total ou não é, porque a sua *essentialia* consiste em ser

> modo obstativo ao nascimento da obrigação. Isenção é o contrário de incidência. As reduções, ao invés, pressupõem a incidência e a existência do dever tributário instaurado com a realização do fato jurígeno previsto na hipótese de incidência da norma de tributação. As reduções são diminuições monetárias no *quantum* da obrigação, via base de cálculo rebaixada ou alíquota reduzida (*in Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 177).

Esse entendimento, aliás, já foi adotado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, no voto da lavra do Ministro Milton Luiz Pereira, cujo trecho se transcreve:

> Nesse sítio, de pronto, registra-se que o favorecimento fiscal concedido consubstancia 'redução' da base de cálculo do ICM, refletindo-se na constituição de débito fiscal inferior ao ordinariamente devido. Todavia, diga-se que alíquota reduzida não se confunde com isenção, justapondo-se que esta, por si, não implica redução do ICMS.
> Não se confundindo isenção com redução, conclusivamente, sobressai que a Súmula 575/STF, servindo à hipótese da isenção, não contempla a redução de alíquota, descabendo ampliar a sua incidência sobre fato não albergado na sua origem e finalidade, criando um favorecimento isencional anômalo (REsp 115.307/SP, publicado no *DJ* de 30.11.98).

Destarte, após essas considerações, forçoso concluir que somente nas hipóteses de isenção e não-incidência é que o sujeito passivo deverá estornar, proporcionalmente, o imposto, de modo que as operações interestaduais que se destinam à aquisição de produtos da cesta básica, cuja alíquota atinge, por exemplo, o percentual de 12%, devem ensejar ao respectivo sujeito passivo a possibilidade de se creditar integralmente (mesmo que as mercadorias, na saída, tenham redução na base de cálculo), visto que, frise-se, não se está diante de uma isenção ou não-incidência, mas sim mera redução da respectiva base de cálculo.

Diferente seria se, reduzida a base de cálculo na entrada, pretendesse o contribuinte creditar-se pelo valor integral, ou seja, pelo *quantum* originário (sem levar em consideração o benefício). Nessa hipótese, sua pretensão estaria, de fato, malferindo o princípio da não-cumulatividade, que admite o crédito do valor efetivamente cobrado na operação anterior.

Na verdade, a legislação mineira está seguindo, erroneamente, o Convênio nº 66/88 (firmado nos permissivos termos do art. 34, § 8º, do ADCT), cujo art. 32 dispõe, *verbis*:

> Artigo 32 - Salvo determinação em contrário da legislação, acarretará a anulação do crédito:
> I - a operação ou prestação subseqüente, quando beneficiada por isenção ou não-incidência;
> II - a operação ou prestação subseqüente com redução da base de cálculo, hipótese em que o estorno será proporcional à redução;
> III - a inexistência, por qualquer motivo, de operação posterior.

Porém, note-se que o Decreto-lei nº 406/68 não previa a referida restrição ao regime de compensação do ICMS, bem como a Lei Complementar nº 87/96, como já salientado, ao regular a matéria, não mais admitiu a limitação à compensação nas hipóteses atinentes a mera redução da base de cálculo.

A corroborar todo o expendido, vale trazer à baila alguns julgados do egrégio Supremo Tribunal Federal:

> ICMS - Princípio da não-cumulatividade - Mercadoria usada - Base de incidência menor - Proibição de crédito - Inconstitucionalidade. - Conflita com o princípio da não-cumulatividade norma vedadora da compensação do valor recolhido na operação anterior. O fato de ter-se a diminuição valorativa da base de incidência não autoriza, sob o ângulo constitucional, tal proibição. Os preceitos das alíneas *a* e *b* do inciso II do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal somente têm pertinência em caso de isenção ou não-incidência, no que voltadas à totalidade do tributo, institutos inconfundíveis com o benefício fiscal em questão (Recurso Extraordinário nº 161.031-0/MG, *DJ* de 24.03.97, Relator o Ministro Marco Aurélio).

A propósito, outros julgados daquele Sodalício: Agravo nº 398.033/MG, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 30.09.03 e

Recurso Extraordinário nº 357.405/MG, Relator o Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 16.08.04.

No mesmo diapasão o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> Ementa: Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Regulamento estadual. Efeitos concretos. Cabimento. Crédito tributário. Base de cálculo reduzida. Crédito do tributo referente à operação anterior. Proibição de aproveitamento integral. Princípio da não-cumulatividade. Violação à Lei Complementar 87/96.
> - I. Admite-se mandado de segurança contra lei de efeitos concretos, revestida de caráter de ato administrativo.
> - II. *Omissis.*
> - II. É de patente ilegalidade a conduta fiscal que determina ao contribuinte estorno proporcional do imposto creditado, sempre que a mercadoria que deu entrada no estabelecimento, quando da operação subseqüente, tiver sua base de cálculo reduzida para fins de incidência do imposto.
> - III. Ofensa à Lei Complementar 87/96, que disciplina o regime da compensação de crédito do ICMS. Princípio da não-cumulatividade.
> - IV. Recurso provido (REsp nº 343800/MG. Rel. Min. Paulo Medina. Publicado no *DJ* de 31.03.03).

> Ementa: Processual Civil e Tributário. ICMS. Produto integrante da cesta básica. Redução da base de cálculo. Creditamento pela alíquota maior. Princípio da não-cumulatividade. Estorno proporcional. Ilegalidade.
> - 1. A não-cumulatividade do ICMS é norma inserta no Texto Constitucional, art. 155, § 2º, reproduzida pela Lei Complementar 87/96, que também, a despeito de se tratar de norma regulamentadora, dispõe sobre a forma de compensação do tributo, disciplinando-a.
> - 2. Análise bifronte do aresto recorrido que se fundou em razões constitucionais e infraconstitucionais. A regra da não-cumulatividade comporta, pelo Texto Constitucional, duas exceções, sendo vedado ao legislador infraconstitucional ampliar o alcance das mesmas. São elas as hipóteses da isenção e da não-incidência, casos em que o sujeito passivo deverá estornar o imposto objeto de creditamento. Em conseqüência, a redução da base de cálculo não se confunde com a isenção. Precedentes do STJ.
> - 3. Assim, decidiu com acerto o eg. Tribunal *a quo* no sentido de que 'O fato de ter-se redução da base de cálculo nas operações subseqüentes não autoriza a anulação proporcional do crédito fiscal das operações anteriores'.
> - 4. Partindo-se dessa premissa, o estorno proporcional do imposto creditado não se aplica à hipótese de redução da base de cálculo. Isto porque, conforme já acentuado, as exceções à possibilidade de utilização dos créditos tributários previstas na Constituição da República e na Lei Complementar nº 87/96, como sói acontecer em matéria tributária, somente comportam interpretação restritiva. Conseqüentemente, 'É de patente ilegalidade a conduta fiscal que determina ao contribuinte estorno proporcional do imposto creditado, sempre que a mercadoria que deu entrada no estabelecimento, quando da operação subseqüente, tiver sua base de cálculo reduzida para fins de incidência do imposto' (REsp 343.800-MG). Necessidade de uniformização do entendimento no afã de evitar a cognominada 'guerra fiscal' entre os Estados federados.
> - 5. Deveras, impõe-se observar que a Lei Complementar 87/96 é posterior ao Convênio 66/88 e que é legislação complementar de hierarquia superior, cuja matéria foi regulada por lei posterior; nesta parte, derrogante. Os convênios, como fontes secundárias do Direito Tributário, não podem regular contra *tehorem legis*, devendo-se adstringir aos termos da lei.
> - 6. Recurso especial desprovido (REsp nº 615365/RS. Rel. Min. Luiz Fux. Publicado no *DJ* de 02.08.04).

Nesta Corte mineira, outrossim, embora haja divergência, podemos encontrar os seguintes arestos, *verbis*:

> Ementa: Apelação civil. Tributário. ICMS. Redução da base de cálculo. Anulação proporcional dos créditos. Ofensa ao princípio da não-cumulatividade. - Partindo-se da premissa de que a redução da base de cálculo não se confunde com a isenção, a disposição infraconstitucional que restringe o direito público subjetivo constitucional de compensação integral de débitos e créditos de ICMS fere o princípio da não-cumulatividade, não se aplicando o estorno proporcional do imposto apropriado na aquisição da mercadoria.

(Apelação Cível nº 1.0024.04.303039-4/002 - Relator: Des. Edilson Fernandes, j. em 15 de fevereiro de 2005).

Ementa: Constitucional e Tributário. ICMS. Cesta básica. Operações interestaduais. Alíquotas diferenciadas. Crédito. - Segundo posição dominante do Supremo Tribunal Federal, tem o contribuinte o direito de se creditar da integralidade do montante que recolheu a título de ICMS, quando da aquisição de mercadorias para revenda, ainda que a alíquota do tributo, na operação de venda, no Estado de Minas Gerais, seja inferior àquela fixada pelo Estado de origem das mercadorias adquiridas. Em reexame necessário, confirma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0035.98.002105-5/001 - Relator: Des. Almeida Melo, j. em 04.11.04).

Ementa: Tributário. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Produtos da cesta básica. Redução da base de cálculo nas saídas. Estorno proporcional do crédito. Ofensa ao princípio da não-cumulatividade. A redução na base de cálculo do ICMS, quando da saída da mercadoria, não tipifica isenção, nem mesmo parcial, de modo a possibilitar estorno proporcional do crédito relativo à operação anterior, sendo inconstitucional norma mineira que assim disponha, por constituir violação ao princípio da não-cumulatividade, conforme precedentes do STF (Pleno: RE - 161.031-0) (Apelação Cível nº 1.0000.00.335858-7/000. Rel. Des. Eduardo Andrade. Publicado no *DJ* de 19.06.03).

Ementa: Direito tributário. ICMS. Produto integrante da cesta básica. Aproveitamento integral. Crédito. Aliquota maior. - Os créditos de ICMS relativos às aquisições de produtos que compõem a cesta básica devem ser objeto de integral creditamento, ainda que, quando da operação posterior, ocorra a redução da respectiva alíquota ou base de cálculo. Devem ser afastadas as limitações constantes nos Decretos Estaduais de nºs 38.104/96 e 43.080/02, bem assim na Resolução nº 3166/01, por importarem em flagrante violação ao principio constitucional da não-cumulatividade e da legalidade. (Apelação Cível nº 1.0024.03.100847-7/002. Rel. Des. Manuel Saramago. Publicado no *DJ* de 13.08.04).

Ementa: Tributário. Compensação. Créditos de ICMS. Redução de base de cálculo. Produtos da cesta básica. Restrição para o aproveitamento. Princípio da não-cumulatividade. Limites constitucionais. Papel da lei complementar. Inconstitucionalidade.
- 1. Com origem constitucional, o princípio da não-cumulatividade autoriza o creditamento de todo o montante do ICMS referente à aquisição de produtos integrantes da cesta básica, não podendo haver qualquer limitação ou restrição, afora os casos previstos na própria Carta Magna (art. 155, § 2º, II, *a*), para tal aproveitamento.
- 2. Admitido que o Decreto estadual nº 40.537/99 viola tal preceito, impõe-se, incidentalmente, a sua inconstitucionalidade (Apelação Cível nº 10000.00.341140-2/000. Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves. Publicado no *DJ* de 17.10.03).

Pois bem. Assentada a questão relativa ao direito do aproveitamento integral dos créditos (nas hipóteses em que a operação posterior - venda - for beneficiada com a redução da base de cálculo), há que ser concedida a ordem para determinar que a autoridade coatora se abstenha de praticar qualquer ato administrativo tendente a exigir o estorno dos créditos havidos quando da compra de mercadorias integrantes da cesta básica.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso. Invertidos os ônus da sucumbência.

Custas recursais, pelo apelado. Na forma da Lei nº 14.939/03.

É como voto.

*O Sr. Des. Edgard Penna Amorim* - De acordo.

*A Sr.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - ATO ILÍCITO - POLICIAL MILITAR - ASSASSINATO EM DIA DE FOLGA - FATO DO SERVIÇO - PRINCÍPIO DA IGUALDADE - PENSÃO - PEDIDO ALTERNATIVO - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - AUSÊNCIA DE PROVA**

**Ementa: Responsabilidade extracontratual do Estado. Teoria do risco administrativo. Policial assassinado em dia de folga. Fato do serviço. Princípio da igualdade. Justiça distributiva. Distribuição dos ônus decorrentes da situação de risco criada pelo Estado para o bem de todos. Indenização devida.**

**- Em se demonstrando que o policial assassinado, conquanto não estivesse em serviço, foi alvejado pelo fato de ser policial, configura-se o "fato do serviço", a ensejar a aplicação da teoria do risco administrativo, pelo qual a Administração, ainda que não seja a causadora direta do dano, é a responsável por situação que, em seu desdobramento direto, causa dano a terceiro.**

**- O princípio da igualdade impõe que o dano decorrente da situação de risco, criada pela atividade administrativa, seja compartilhado por todos os membros da coletividade, justificando a condenação do Estado a indenizar o particular que houver sofrido sozinho os efeitos danosos.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0702.04.129976-0/001 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: Antônio Libério dos Santos e outra - Apelado: Estado de Minas Gerais - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2006. - *Maurício Barros* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Maurício Barros* - Trata-se de apelação interposta por Antônio Libério dos Santos e Aparecida Viani Silva Santos, da sentença proferida nos autos da ação de reparação de danos ajuizada pelos autores contra o Estado de Minas Gerais, que julgou improcedente o pedido de indenização pela morte do filho dos autores, policial militar, ao fundamento de inexistência de prova de falha ou omissão do Estado em manter preso o autor do crime, bem como de que a vítima colaborava no sustento da família, ou mesmo de serem os autores dependentes legais do filho falecido (f. 194/197).

Em suas razões recursais, alegam os apelantes, em síntese, que a responsabilidade civil do Estado é objetiva e prescinde de culpa; que foi negligente o Estado, ao não fornecer proteção à vítima, e por não ter recolhido o menor infrator que deu cabo da vida da vítima, incorrendo em culpa *in vigilando*; que, em face da responsabilidade objetiva do Estado, o ônus da prova é invertido, cabendo ao ente público demonstrar a ocorrência de alguma causa excludente de responsabilidade; e que a morte do filho lhes gera direito à indenização por danos morais. Pedem a reforma da r. sentença, para condenar o apelado nos pedidos constantes da inicial (f. 199/216).

O apelado argumenta, em contra-razões, que o Estado, embora garantidor da segurança pública, não tem a obrigação de garantir a inexistência de qualquer tipo de ilícito; que a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é de natureza subjetiva, e não objetiva, exigindo a demonstração de dolo ou culpa; que não há nexo de causalidade entre a morte do policial e qualquer ação ou omissão do Estado; e que, ainda que se considerasse que a morte do policial se deu em razão da função que exercia, os apelantes não lograram demonstrar sua condição de dependentes legais daquele (f. 218/222).

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos para sua admissão.

Cuidam os autos de ação de indenização, com fundamento na responsabilidade civil do Estado, em função de o filho dos autores/apelantes ter sido assassinado, supostamente pela condição de ser policial militar. A pretensão preambular se destina ao ressarcimento de danos de ordem moral e material, estes alternativamente àqueles, a critério do julgador.

A responsabilidade civil se caracteriza pela necessária convergência de três elementos, os chamados integrantes da teoria da culpa: o dano, o ato ilícito que lhe seja a causa e o nexo causal entre ambos, ou seja, a regra geral é responsabilização de alguém pela prática de ato ilícito, que causa dano à esfera jurídica de outrem.

Em se tratando do Estado, entretanto, pela peculiaridade de sua posição na sociedade, desenvolveu-se a teoria do risco, a fundamentar a responsabilidade do ente público em situações diversas daquela vislumbrada na regra geral. Tal teoria do risco dá suporte à responsabilidade objetiva do Estado, pela qual se prescinde do elemento subjetivo para ensejar a responsabilização do ente estatal. Basta a ocorrência do dano ao particular, devido a uma ação do Estado. Os elementos de prova, portanto, se limitam a demonstrar a existência de dano e o nexo de causalidade entre ele e uma ação do Poder Público.

Com efeito, a evolução da teoria administrativa da responsabilidade civil decorreu da própria evolução da participação do Estado na sociedade, que se traduz numa intervenção cada vez mais freqüente, com possibilidade de injunções cada vez mais intensas e em diversas áreas da esfera jurídica do particular. "Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior" (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 15. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 452).

A doutrina estrangeira, tendo a alemã por pioneira, utiliza a teoria da relação jurídica multilateral, ou multipolar, para caracterizar as diversas relações jurídicas estabelecidas hoje pela Administração Pública, que envolve não apenas os sujeitos destinatários diretos do ato administrativo, mas todos aqueles que possam sofrer os efeitos do comportamento da Administração. Nesse sentido é a lição de Vasco Pereira da Silva (*Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra: Editora Almedina, 1998, p. 275-276).

> A relação jurídica multipolar surge-nos, portanto, como uma manifestação da moderna Administração prestadora e constitutiva e representa uma transformação importante da sua forma de actuar e de se relacionar com a sociedade. (...) o Direito Administrativo de hoje já não pode ser mais concebido como um "direito da colisão" (*Kollisionrecht*) entre interesses públicos e privados, mas sim como uma espécie de "direito da distribuição" (*Distribuitionsrecht*) entre interesses privados perante a Administração Pública. A Administração de nossos dias já não se posiciona perante o cidadão como uma entidade meramente autoritária, ou como limitada à atribuição de prestações individualizadas, mas assume também uma função constitutiva da sociedade, procurando a realização do "equilíbrio entre posições jurídicas individuais contrapostas" (Bauer). Esta perspectiva da relação jurídica multilateral surgiu, na doutrina alemã, na seqüência da verificação do fracasso dogmático da doutrina do acto administrativo para compreender, na sua integralidade, os novos fenômenos jurídico-administrativos.

Destarte, a ampliação da atuação da Administração Pública na sociedade ensejou o desenvolvimento de teorias que refletissem a nova realidade.

A teoria do risco administrativo, já mencionada, tem também o propósito de compensar, juridicamente, o desnível de posições entre o Estado e o particular. Ela permite a responsabilização do Poder Público pelo "fato da Administração", o que dispensa sua atitude volitiva, assim como a ilicitude de sua conduta, como requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil. A propósito, Hely Lopes Meirelles ensina que:

> Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. (*Direito Administrativo Brasileiro*, 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 623.)

O fato do serviço, por sua vez, não exige um comportamento, seja positivo, seja omissivo, da Administração, bastando a possibilidade de imputação do fato a ela. Assume relevo a qualificação do fato administrativo, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Daí que acarretam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público. (...) O que importará é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva. (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 14. ed., p. 851).

Nesse contexto se inserem as situações em que a ação danosa não é praticada por agente do Estado, mas este é quem cria a situação determinante da ocorrência do dano. Uma vez que a situação fora criada pelo Estado, em proveito de todos, compreende-se que não sejam os respectivos ônus suportados individualmente por um, ou alguns. Daí a responsabilidade do Estado por danos ocorridos em virtude da situação de risco criada. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: "É o próprio Poder Público que, embora sem ser o autor do dano, compõe, por ato seu, situação propícia à eventualidade de um dano" (obra citada, p. 860).

Entendo ser essa precisamente a hipótese dos autos, porquanto foi o policial militar assassinado pelo fato de ser policial. Comprovou-se por prova testemunhal ser o filho dos apelantes um policial dedicado, que, mesmo quando dispensado ou em dia de folga, contribuía para a manutenção da ordem na cidade, atuando, muitas vezes, em conjunto com os policiais em serviço.

A conclusão das investigações policiais apontou que a vítima estava contrariando os interesses de uma quadrilha especializada em roubos e furtos de veículos em Uberlândia, cujo chefe teria sido, inclusive, o mandante do crime (f. 98).

Francisco Rodrigues da Silva, em declarações prestadas à autoridade policial, informou ter presenciado o chefe da aludida quadrilha, Sérgio Bardelli, oferecer a quantia de R$ 15.000,00 para o autor do crime executar o filho dos autores (f. 77/78).

As testemunhas Antônio Jarbas Luciano (f. 138) e Valter Luiz de Oliveira (f. 140) informaram em juízo que o policial vitimado combatia constantemente o crime, mesmo estando de folga e sem farda, tendo sido ameaçado de morte.

Nada se demonstrou nos autos que desabonasse a conduta do policial, restando evidenciado, ao contrário, que ele foi morto em função da sua qualidade de policial, ou seja, pela projeção que se fez, sobre a sua pessoa, do qualificativo de servidor público responsável pela segurança pública.

Aliás, a situação aqui tratada é semelhante às situações ocorridas na cidade de São Paulo, no mês de maio do corrente ano, em que inúmeros policiais, mesmo não estando em serviço, simplesmente pelo fato de serem policiais, foram executados por bandidos integrantes do famigerado "PCC", uma organização criminosa que nasceu e espalha o terror a partir do interior dos presídios.

Tem-se que o risco da atividade de segurança, a que se dedicava o policial, em nome do Estado, pelo bem de toda a coletividade, constitui fato da Administração, que se coloca na linha direta do desdobramento que desemboca no evento lesivo.

Pelo princípio da igualdade, sobre o qual também se assenta a teoria do risco administrativo, deve-se distribuir por todos os membros da coletividade os efeitos danosos da situação jurídica a cargo do Estado. Recorro mais uma vez à lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Quem aufere os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Se a sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos,

> há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o beneficio de todos (obra citada, p. 853).

Segundo a lição de Rui Stoco:

> O risco e a solidariedade social são, pois, (...) os suportes dessa doutrina que, por sua objetividade e partilha de encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva ... (*Responsabilidade Civil*, 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 503).

Desse modo, em nada interfere, *in casu*, a circunstância de se encontrar o militar em dia de folga, à paisana e em atividade pessoal (cabeleireiro), porquanto foi alvejado pelo autor do crime pelo fato de ser policial. Na linguagem vulgar do meio criminoso, o policial foi "caçado", por representar perigo para as atividades ilícitas de uma quadrilha especializada em crimes contra o patrimônio.

Não é a hipótese, pois, de simples preposição, por estar atuando o militar em nome do Estado. Não se encontrava ele em serviço, mas, por causa desse serviço, em que representava o Estado, a bem de toda a coletividade, sobre a pessoa dele se projetou esse qualificativo, de modo que, na prática da conduta criminosa, não se distinguiu entre a pessoa e o policial - a pessoa representava sempre uma ameaça aos interesses ilícitos, pelo fato de ser policial.

Sendo os apelantes pais do policial militar, é inegável a dor, a perda e o abalo sofrido em suas esferas mais íntimas, dano esse que, tendo sido a eles causado pelo bem da comunidade como um todo, com toda ela deve ser compartilhado. Daí a justiça distributiva da teoria do risco, a ensejar a indenização aos apelantes por danos morais, a cargo do Estado.

Quanto à pleiteada modalidade alternativa de ressarcimento, por danos materiais, representada pelo pedido de pensão vitalícia, tenho que não basta a existência de prejuízo para que se evidencie a obrigação do Estado a indenizar. Necessário se faz que o interessado seja titular do direito e o demonstre. No caso dos autos, não lograram os apelantes demonstrar serem dependentes econômicos do filho falecido, condição exigida para que se perfizesse o direito à indenização. Nesse sentido, transcrevo julgado deste Tribunal:

> Apelação cível. Indenização. Acidente de trânsito. Morte de filho maior. Presença dos requisitos autorizadores do dever de indenizar. Pensão mensal. Ausência de comprovação. Despesas com funeral não comprovadas. - Presentes os elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade de indenizar, segundo a teoria da responsabilidade subjetiva adotada pelo legislador brasileiro, quais sejam o erro de conduta do réu, os prejuízos efetivamente sofridos pelos autores e o nexo de causalidade entre uma e outra, deve ser a requerida na ação condenada ao pagamento de indenização pelos danos por seu preposto causados. Afora a hipótese de vítima menor, há a necessidade de os pais comprovarem concretamente a dependência econômico-financeira em relação ao filho morto em acidente, quando este é maior. Não bastam meras suposições, pois nesta hipótese não prevalece mais a presunção que ocorre quando o filho é menor. O direito indenizatório nesta hipótese liga-se, portanto, à dependência da vítima alegada por seus pais; condição *sine qua non* ao pensionamento pretendido. Não comprovada a alegada realização de despesas com luto e funeral, inadmissível a concessão de verba indenizatória a esse título (12ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 2.0000.00.461304-3/000, Rel. Des. Domingos Coelho, j. em 15.06.05).

Desse modo, fazem jus os apelantes à indenização por danos morais, mas não por danos materiais. Tendo sido tal pedido de pensionamento vitalício, formulado de modo alternativo sucessivo, e em tendo sido acolhido o primeiro pleito, tenho que a procedência da demanda é total.

No que concerne à quantificação da indenização por dano moral, tarefa das mais difíceis, por não existirem critérios objetivos de fixação, entendo que não é excessiva a quantia mínima postulada na inicial, correspondente a 100 (cem) salários mínimos, razão pela qual deve ser acolhida.

Com esses fundamentos, dou provimento à apelação, para reformar a r. sentença e julgar

procedente o pedido, a fim de condenar o Estado de Minas Gerais a indenizar os apelantes com a quantia de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), que correspondem aos 100 (cem) salários mínimos pedidos na exordial, com atualização monetária segundo a tabela adotada pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, a partir do julgamento da apelação, acrescida de juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), na vigência do Código Civil de 1916, passando para 1% (um por cento) ao mês, na vigência do Código Civil de 2002, além de honorários advocatícios, que, com base no art. 20, § 4º, do CPC, fixo em R$ 3.000,00.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Antônio Sérvulo* e *José Domingues Ferreira Esteves*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

## INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - MENOR - PRESENÇA EM ESTABELECIMENTO QUE EXPLORE JOGOS DE BILHAR E BEBIDA ALCOÓLICA - ART. 258 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO - AFIXAÇÃO DE AVISO - IRRELEVÂNCIA - MULTA

**Ementa: Estatuto da Criança e do Adolescente. Permanência de menores em estabelecimento que explora jogos de bilhar e a venda de bebidas alcoólicas. Infração ao art. 258. Aplicação de multa.**

**- O Estatuto da Criança e do Adolescente impõe ao proprietário ou responsável o dever de zelar pelo ingresso de menores em estabelecimento comercial que explore venda de bebidas alcoólicas e jogos de bilhar, sob pena de incorrer na infração administrativa prevista pelo artigo 258 do Estatuto.**

**- A atribuição da responsabilidade a terceiro - que teria acompanhado e comprado a bebida para os menores - não elide a responsabilidade do proprietário do estabelecimento pela venda de substância que possa causar dependência, bem como pela permanência em ambiente insalubre, não havendo exceções no ECA nesse sentido. O mesmo se diz da existência de placa com o aviso.**

**Recurso a que se nega provimento.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0443.04.015085-8/001 - Comarca de Nanuque - Apelante: Tânia Freitas Bandeira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.ª MARIA ELZA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2006. - *Maria Elza* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Sr.ª Des.ª Maria Elza* - Trata-se de representação oferecida pelo Ministério Público Estadual contra Tânia Freitas Bandeira, através da qual requer a aplicação de multa administrativa à representada, com fulcro no artigo 258 da Lei 8.069/90, ao argumento de permitir a entrada de menores em bar de sua propriedade que explora a venda de bebidas alcoólicas e jogos de bilhar.

Defesa apresentada pela representada às f. 18/20-TJ, na qual alegou conhecer os menores citados na representação, porém diz desconhecer serem os mesmos menores de idade. Afirmou, ainda, que não teria vendido a eles bebidas alcoólicas e que em seu estabelecimento haveria placa informando sobre a proibição da venda de bebidas alcoólicas a menores de idade.

Audiência de instrução realizada, na qual foi colhida prova oral (f. 26/31-TJ).

A sentença de f. 43/44-TJ, por considerar comprovada a ocorrência da infração administrativa alegada, condenou a representada ao pagamento de multa no valor de três salários mínimos.

Inconformada com a decisão, interpõe recurso de apelação a representada (f. 47/50-TJ), no qual requer a reforma do julgado, alegando, em suma, a ausência de provas do cometimento da infração. Caso mantida a condenação, requer sua substituição por pena restritiva de direitos.

Contra-razões ao recurso de apelação às f. 52/56-TJ, pugnando-se pela manutenção da decisão.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 62/65-TJ).

Apelação redistribuída a esta Relatora em virtude da aposentadoria do il. Colega, Des. Gouvêa Rios (certidão de f. 66-TJ).

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

Presentes os requisitos para sua admissibilidade, conhece-se do recurso voluntário de apelação.

A peça de ingresso da presente representação nos relata que três menores teriam freqüentado o bar de propriedade da apelada, estabelecimento este em que se exploram a venda de bebidas alcoólicas e jogos de bilhar. Em sua defesa a autora não nega tal fato, cingindo-se a afirmar que não poderia ser punida pelo ocorrido, por haver placa em seu bar que faria alusão à proibição de permanência de menores no recinto, além de argumentar desconhecer, até então, a menoridade dos freqüentadores. Busca-se, ainda, atribuir a responsabilidade a terceiro que teria acompanhado os menores.

Contudo, razão não assiste à apelante, merecendo ser confirmada a decisão em seu inteiro teor.

A prova testemunhal colhida demonstra que os menores freqüentaram o estabelecimento comercial da apelante, fazendo uso de bebidas alcoólicas, além de permanecerem em local de exploração do jogo de bilhar.

É o que se colhe dos depoimentos de Roby Alves dos Santos (f. 27-TJ), Jefferson Santos (f. 28-TJ), Dieferson Souza (f. 29-TJ) e Aelson Rodrigues de Souza (f. 31-TJ), sendo que consta deste último o seguinte: "(...) que o depoente passou no bar no dia em que Guilhermino estava pagando bebidas para a rapaziada; que esta rapaziada tinha cara de possuir dezesseis anos de idade (...)"

É cediço que a Lei 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, prescreve em seu artigo 80:

> Art. 80. Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres ou por casas de jogos, assim entendidas as que realizem apostas, ainda que eventualmente, cuidarão para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público.

Ainda, o Estatuto não estabelece uma mera orientação. A apelante, ao deixar que menores, desacompanhados dos pais ou responsáveis, entrassem em seu bar, sem lhes exigir apresentação de documento de identidade, ao permitir o uso e fornecimento de bebida alcoólica a menores no interior do recinto, cometeu infração administrativa, prevista no artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, os precedentes deste Tribunal:

> Estatuto da Criança e do Adolescente. Estabelecimento que explora jogos de sinuca, bilhar e congêneres. Proibição da entrada e permanência de menores. Necessidade de afixação de cartazes. - O simples ingresso e a permanência do menor no estabelecimento que explora jogos de sinuca e de bilhar, independentemente de estar ou não dele participando e ainda que acompanhado pelos pais, configuram o tipo infracional descrito no art. 80 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ensejando a aplicação da sanção correspondente (art. 258, ECA). Recurso improvido (Ap. 1.0527.05.930926-2, Rel. Des. Batista Franco, *DJ* de 16.12.05).

> Estatuto da Criança e do Adolescente. Presença de menores em boate. Violação do art. 149, I, *c*. Alegação de inexistência de culpa. Não-acolhimento. Sentença confirmada. Recurso improvido (Apelação Cível 165.524-0/00, Belo Horizonte, Rel. Des. José Brandão de Resende).

> Os princípios insculpidos no ECA impõem a responsabilidade dos donos dos estabelecimentos comerciais perante o Estado em virtude do acesso de menores a bebidas alcoólicas, mesmo que repassadas por pessoa maior de idade, pois lhes cabe o dever de fiscalização (Apelação Cível 174.832-6/00, Uberlândia, Rel. Des. Bady Curi).

Vale frisar que os argumentos levantados pela apelante não possuem o condão de afastar sua responsabilidade pelo ocorrido. Atribuir a responsabilidade a terceiro que teria acompanhado e comprado a bebida aos menores não elide a responsabilidade do proprietário do estabelecimento pela venda de substância que possa causar dependência, não havendo exceções no ECA neste sentido. O mesmo se diz da existência de placa com o aviso. Imprópria a inversão da responsabilidade ao menor que venha a descumprir o aviso. A simples fixação do cartaz é medida que não exime o proprietário do estabelecimento do dever de zelar pela proibição da permanência de menores em local considerado inadequado pela lei. Finalmente, é também dever do proprietário do estabelecimento verificar a idade de seus clientes por meio de documento de identidade idôneo, sendo que o simples fato de se imaginar que os mesmos sejam maiores não elide a responsabilidade pela infração administrativa.

Ademais, quanto a este último ponto, constou da decisão do Juízo *a quo*, pelo contato que teve com os menores, a seguinte impressão:

> E, ao contrário do que alega a autora, nenhum deles possuía porte físico e aparência de idades avançadas, o que impunha à proprietária do bar, ao menos, a exigência do documento de identidade dos mesmos para permitir sua entrada no estabelecimento.

A proteção da ética e da saúde das crianças e adolescentes incumbe não apenas ao Estado, mas a toda a sociedade, como prescreve o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. À apelante cabia cumprir seus deveres quanto ao desenvolvimento sadio da juventude local, como manda o Estatuto da Criança e do Adolescente, e obedecer ao disposto em determinação judicial. É necessária a vigilância constante. O que se espera da apelante são medidas efetivamente capazes de extinguir lamentáveis ocorrências como as que ocorreram nestes autos.

Infringido o artigo 258 do Estatuto da Criança e Adolescente, correta a imposição de multa pecuniária à apelante, que, por ser primária, e diante das circunstâncias do caso, faz jus à aplicação da multa mínima cominada de três salários mínimos, tal como fixado na sentença.

Diante de todo o exposto, com respaldo no princípio da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição Brasileira) e no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil), nega-se provimento ao recurso de apelação, confirmando-se a sentença em seus integrais termos.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Nepomuceno Silva* e *Cláudio Costa*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**CASAMENTO - DUPLICIDADE - IMPEDIMENTO - ART. 1.521, VI, DO CÓDIGO CIVIL/2002 - DIREITO DOS CONVIVENTES - COMPETÊNCIA - JUÍZO DA VARA DE FAMÍLIA - INSS - PENSÃO PREVIDENCIÁRIA**

**Ementa: Casamento duplo. - Declaração de nulidade do segundo casamento (artigo 1.521, VI, do Código Civil), admitindo que ato nulo, efeito nulo, salvo, em matéria de família, a análise da hipótese do tempo e do direito dos conviventes. - A competência é do Juízo da Vara de Família.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.99.087600-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: N.A.T.H. - Apelado: A.P.R.H. espólio de, repdo. p/ invte G.A.R.H., curador vínculo - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 7 de fevereiro de 2006. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Assistiu ao julgamento, pela apelante, a Dr.ª Rita de Cássia R. Duarte.

*O Sr. Des. Francisco Figueiredo* - Conheço da apelação por própria e regularmente processada.

*In casu*, um cenário singular, que nem se acredita que possa acontecer na Capital, entre pessoas devidamente instruídas.

Determinado cidadão casou-se aos 22.06.62 com a Sra. N.A.T.H. Viveram juntos até início de 1965, quando ocorreu a separação de fato. Não houve nem separação, nem divórcio, embora o casal, no dizer da esposa, se encontrasse, esporadicamente, em hotéis (ou motéis) da Capital.

Tomando conhecimento da morte de seu marido, tomou conhecimento também de que seu marido tinha se casado (sem se separar ou divorciar-se dela), ao deparar com o processo de inventário do *de cujus*, em que a Sr.ª G.A.R.H., "documentalmente" se apresentava como viúva.

A matéria da declaração da nulidade do segundo casamento é tranqüila, visto que o artigo 1.521, VI, do Código Civil é expresso:

"Não podem casar: (...)

VI - as pessoas casadas".

O nobre Colega sentenciante, anuindo com o parecer da Promotoria de Justiça, declara somente a nulidade do segundo casamento e deixa de apreciar os demais pedidos, exortando as partes à discussão oportuna.

*Data venia*, por entender que ato nulo produz efeito nulo, o momento de apreciar a questão é agora. A matéria está *sub judice*, *data venia* da ilustre curadora ao vínculo que aponta a Justiça Federal como a competente para apreciar a questão da pensão, que, em princípio, parece-me simples.

Não me seduzi na tese de que uma Justiça aprecie a questão e outra, em decorrência, vá apreciar os efeitos dela.

Temos duas questões a apreciar. A primeira é sobre a pensão; e a segunda é sobre a complementação de pensão - ou crédito correlato - paga pela empregadora ou sua associação de classe.

Realmente, se se disse que "ato nulo, efeito nulo", como diz o brocardo jurídico, não podemos nos esquecer de que matéria de alimentos é sempre revisional; e, quando assim

digo, é porque, se a segunda mulher conviveu com o companheiro por vários anos, até à morte dele, o direito dela como concubina (independentemente do "segundo casamento" do falecido) é direito, repito, da nossa competência, a ser apreciado por nós.

Assim, até prova em contrário, determino que se oficie ao INSS para que o pagamento da pensão seja dividido em duas partes iguais, sendo a metade para a esposa de direito e a outra para esposa de fato.

A segunda questão é sobre o complemento da pensão paga por entidade da Usiminas. Esse pagamento está sendo feito exclusivamente à "segunda esposa". Não vi nos autos a prova inequívoca dessa estipulação pelo falecido. Não consegui vislumbrar, com certeza, se tal estipulação é voluntária e pessoal (como a estipulação do pagamento de um seguro) ou se é direito de uma esposa (em estipulação do consórcio legal) ou se paga à companheira.

Como a questão é de direito e a culpa não é da Justiça, e sim de quem lhe deu causa, casando-se duas vezes, o que é inteiramente defeso em lei, determino ao estabelecimento pagador da Usiminas que esse crédito fique bloqueado, em depósito judicial, até decisão final e esclarecedora das partes.

Com esses argumentos, dou parcial provimento à apelação.

*O Sr. Des. Nilson Reis* - De acordo.

*O Sr. Des. Brandão Teixeira* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:::-

**COOPERATIVA DE CRÉDITO - LIQUIDAÇÃO ORDINÁRIA - LEI 5.764/71 - APLICABILIDADE - PRAZO - DEPÓSITO - RESTITUIÇÃO - JUROS - INCIDÊNCIA - COMPENSAÇÃO DE DÍVIDAS - POSSIBILIDADE - EXTINÇÃO DO DÉBITO - CADASTRO DE INADIMPLENTES - EXCLUSÃO DE NOME - DANO MORAL - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO**

**Ementa: Cooperativa de crédito. Liquidação ordinária. Lei nº 5.764/71. Suspensão das ações. Prazo de um ano prorrogável pelo mesmo período. Juros legais ou pactuados e acessórios. Fluência. Restituição aos cooperativados dos recursos depositados. Compensação. Possibilidade. Inscrição em cadastros de inadimplentes. Exercício regular do direito.**

**- A liquidação de cooperativa de crédito, quando realizada de forma voluntária, por meio de deliberação da Assembléia Geral, nos termos do art. 63, I, da Lei 5.764/71, submete-se às normas constantes da referida lei.**

**- A Lei 6.024/74 não se aplica à liquidação ordinária, uma vez que regula somente as intervenções e liquidações extrajudiciais iniciadas e decretadas pelo Banco Central do Brasil.**

**- A liquidação ordinária deve durar um ano, prorrogável por apenas mais um ano, de acordo com o disposto no art. 76 da Lei nº 5.764/71. Findo esse prazo, os recursos depositados em cooperativa de crédito sob liquidação ordinária devem ser restituídos aos cooperativados, sob pena de verem corroídos seus recursos pelas despesas com o processo de liquidação, que se perpetua além do permitido, e de configurar-se retenção indevida de saldo.**

**- Ainda que suspensas as ações judiciais contra a cooperativa em liquidação, durante o prazo estipulado na referida norma, os juros legais ou os pactuados e seus acessórios não deixam de fluir.**

**- Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem. Os requisitos objetivos para a compensação são os seguintes: reciprocidade de créditos, homogeneidade das prestações, liquidez, certeza, exigibilidade e existência do crédito compensante. Uma vez presentes todos os requisitos, não há motivo para que seja negada a compensação.**

**- A inscrição do nome do devedor que reconhecidamente não pagou dívida vencida não é considerada indevida, constituindo exercício regular do direito.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.03.166281-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Paulo de Magalhaes Goes - Apelada: Credibel - Coop. Cred. Rural de Belo Horizonte Ltda., em liquidação - Relator: Des. RENATO MARTINS JACOB

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 8 de junho de 2006. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Renato Martins Jacob* - Paulo de Magalhães Góes interpôs recurso de apelação contra a respeitável sentença de f. 359/365, que julgou improcedentes os pedidos constantes da ação ordinária com pedido de liminar proposta em face de Credibel - Cooperativa de Crédito Rural de Belo Horizonte Ltda. - em liquidação, revogando a liminar concedida às f. 48/49 e condenando o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 700,00 (setecentos reais).

Segundo consta da inicial, o autor era correntista da cooperativa ré, instituição em que realizou diversas aplicações financeiras, tornando-se devedor por força de um financiamento no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Uma vez em liquidação extrajudicial, a ré se recusou a restituir-lhe as aplicações, notificando-o para que pagasse o aludido débito, tendo o requerente contranotificado a instituição para que lhe devolvesse os valores aplicados, com a compensação do débito existente. Não obstante, a ré incluiu o nome do autor no SPC, causando-lhe, assim, dano moral.

Entendeu o MM. Juiz de Direito que, em função do regime de liquidação e após a sua decretação, não há que se falar em atualização do crédito do autor junto à ré, com a incidência de juros, conforme dispõe o artigo 18 da Lei 6.024/74.

Consignou que, em conseqüência, a dívida da cooperativa para com o autor não seria líquida; incabível, portanto, a compensação, que somente pode se efetuar entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis, a teor do artigo 369 do Código Civil, afastando, com isso, o pedido para que o débito do autor junto à ré fosse extinto.

Ainda, de acordo com o douto Magistrado, não se pode impor à ré o pagamento de eventual crédito do autor, uma vez que, com a liquidação extrajudicial, o crédito em questão deve ser quitado quando do rateio entre os demais credores da cooperativa, respeitando o princípio da igualdade entre os associados.

Os embargos opostos pelo autor (f. 367/368) foram rejeitados, e os manejados pela ré (f. 366) acolhidos para sanar omissão quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita e deferi-lo (f. 369/370).

Inconformado, o autor apela às f. 371/375, sustentando que a liquidação da ré não foi decretada pelo Banco Central do Brasil, mas tão-somente deliberada em Assembléia

Geral, conforme a ata de f. 86, não tendo sido o liquidante nomeado pelo Bacen, como prevê a Lei 6.024/74, mas escolhido pela própria cooperativa.

Argumenta que a deliberação de liquidar a ré não a desobriga de pagar suas dívidas, principalmente a que possui junto ao autor, por tê-la confessado, não podendo a liquidação extrajudicial ser comparada à falência.

Alega que, ainda que a liquidação fosse decretada pelo Banco Central do Brasil, ou que fosse decretada a falência, a compensação dos créditos não estaria impedida, a teor do artigo 46 da Lei de Falências.

Requer a reforma da sentença para que seja declarada extinta a sua dívida para com a ré, por efeito da compensação, com a determinação de exclusão do seu nome dos cadastros de inadimplentes, e para que seja condenada a cooperativa a lhe restituir a importância apurada pelo laudo pericial, bem como a lhe pagar indenização por danos morais.

Contrariedade recursal deduzida às f. 378/384, em que a ré requer, inicialmente, que este Tribunal conceda assistência judiciária gratuita, já deferida em primeira instância. Ainda, refuta as razões do apelo, sem argüir preliminares.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, constato que não está em discussão a existência do débito e do crédito entre recorrente e recorrida, uma vez que ambas as partes reconhecem haver a dívida originado de cédula rural pignoratícia, bem como os valores aplicados pelo recorrente junto à cooperativa recorrida.

O apelante, como correntista da cooperativa apelada, pretende a declaração de nulidade do débito relativo ao financiamento obtido junto à instituição, já que possuiu um crédito decorrente de investimentos, fazendo-se, assim, a compensação de débitos e créditos, e que lhe seja restituído o crédito restante.

Logo, o que se discute é o direito à compensação entre um e outro e à devolução dos valores remanescentes ao apelante.

A meu ver, razão assiste ao recorrente.

Consta dos autos que em 16.03.2002 foi decido em Assembléia Geral Extraordinária que a cooperativa recorrida ingressaria no regime de liquidação, conforme ata de f. 86, ocasião em que fora nomeado um liquidante. Tal procedimento foi levado ao conhecimento do Banco Central do Brasil, que homologou o ingresso da cooperativa no regime de liquidação ordinária, em 26.03.2002 (f. 88/89), publicando a aprovação do processo no *Diário Oficial* de 1º.04.2002 (f. 90/91).

Infere-se, pois, que a liquidação da cooperativa apelada se deu de forma voluntária, por meio de assembléia dos cooperados, ingressando em regime de liquidação ordinária, nos termos do artigo 63, inciso I, da Lei 5.764/71, submetendo-se, assim, às normas constantes da referida lei, que define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas e dá outras providências.

Portanto, ao contrário da tese defendida pela recorrida e acolhida na sentença hostilizada, a Lei 6.024/74 não se aplica à espécie, uma vez que regula somente as intervenções e liquidações extrajudiciais iniciadas e decretadas pelo Banco Central do Brasil.

Assim dispõe o artigo 1º da referida lei:

> Art. 1º As instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas, nos termos desta Lei, à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, sem prejuízo do disposto nos artigos 137 e 138 do Decreto-lei 2.627, de 26 de setembro de 1940, ou à falência, nos termos da legislação vigente.

Havendo descumprimento das disposições contidas na Lei 5.764/71, das normas bancárias e outros vícios na gestão, o próprio cooperado pode

requerer ao Bacen a intervenção ou liquidação extrajudicial, pelos motivos especificados em lei.

Conforme o disposto no artigo 75 da referida lei:

> Art. 75. A liquidação extrajudicial das cooperativas poderá ser promovida por iniciativa do respectivo órgão executivo federal, que designará o liquidante, e será processada de acordo com a legislação específica e demais disposições regulamentares, desde que a sociedade deixe de oferecer condições operacionais, principalmente por constatada insolvência.

Assim, embora exista a possibilidade de a liquidação da cooperativa ocorrer por meio do Banco Central, em hipóteses específicas, este não é o caso dos autos, já que a liquidação se deu de pleno direito, por deliberação da Assembléia Geral.

Acerca das cooperativas de crédito, extrai-se da doutrina que:

> À luz do texto constitucional, as cooperativas de crédito são instituições financeiras especializadas em conceder crédito e serviços a seus associados. Mas, para que possam atuar como tal, carecem de regulamentação de lei complementar. Essas cooperativas são controladas e fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil, na forma estabelecida no art. 92, I, da Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971 (*Sociedades cooperativas - regime jurídico e procedimentos legais para constituição e funcionamento*, 2. ed., Ed. Juarez de Oliveira, p. 27).

Ainda:

> As sociedades cooperativas dissolvem-se de pleno direito de acordo com o disposto no art. 63 da Lei 5.764/71. Quando a dissolução for deliberada pela Assembléia Geral, será nomeado o liquidante e um Conselho Fiscal de 3 membros para proceder à liquidação, cujo processo, na forma da legislação em vigor, só poderá ser iniciado após a anuência do Bacen (*in* Cooperativas de crédito - estrutura do sistema cooperativo de crédito, Carlos Roberto Faleiros Diniz e Gustavo Saad Diniz, publicado na *Revista Síntese* de Direito Civil e Processual Civil, nº 15, jan.-fev./2002, p. 45).

Conclui-se, pois, que a atuação do Banco Central, nas espécies de dissolução e liquidação como a dos autos, é meramente fiscalizadora, sem qualquer interferência, aprovando ou não a inicialização do procedimento pelos interessados, ao contrário daquela liquidação prevista na Lei 6.024/74, em que o órgão federal efetua e decreta a liquidação, pelos motivos elencados em lei.

Logo, a questão deverá ser solucionada à luz da Lei 5.764/71.

Conforme a perícia contábil realizada (f. 236/242), foi apurado que o débito do autor para com a ré, relativo à cédula de crédito rural pignoratícia, corresponderia, de acordo com os encargos pactuados, a R$ 66.454,56, enquanto o crédito existente junto à cooperativa representaria, calculado com os mesmos percentuais contratados, a importância de R$ 510.188,69, valores atualizados até 15.07.2005, perfazendo um crédito a favor do apelante de R$ 443.734,03.

Entendeu o MM. Juiz da causa, contudo, que o perito atualizou tais valores mesmo após a decretação de liquidação da cooperativa, o que não seria possível diante das disposições contidas no artigo 18 da Lei 6.024/74, que afasta a atualização dos créditos e a incidência de juros após a decretação da liquidação.

Em conseqüência, concluiu que a dívida da cooperativa apelada para com o apelante não seria líquida, inviabilizando a pretendida compensação.

Ora, no caso dos autos, a liquidação deve observar o disposto no artigo 76 da Lei 5.764/71, *in verbis*:

> Art. 76. A publicação, no Diário Oficial, da ata da Assembléia Geral da sociedade, que deliberou sua liquidação, ou da decisão do órgão executivo federal quando a medida for de sua iniciativa, implicará a sustação de qualquer ação judicial contra a cooperativa,

> pelo prazo de 1 (um) ano, sem prejuízo, entretanto, da fluência dos juros legais ou pactuados e seus acessórios.
> Parágrafo único. Decorrido o prazo previsto neste artigo, sem que, por motivo relevante, esteja encerrada a liquidação, poderá ser o mesmo prorrogado, no máximo por mais 1 (um) ano, mediante decisão do órgão citado no artigo, publicada, com os mesmos efeitos, no Diário Oficial.

Assim, ainda que durante o período estabelecido na referida norma estivesse suspensa qualquer ação judicial contra a cooperativa, os juros legais ou os pactuados naquele prazo não deixariam de fluir.

Observo, a propósito, que, no presente caso, por se tratar de mera liquidação ordinária, iniciada em 16.03.2002, com a Assembléia Geral dos associados (f. 86), e autorização do Bacen publicada em 1º.04.2002, o prazo a que alude o mencionado artigo já se encontra há muito exaurido, mesmo que se considere sua prorrogação.

Também deve ser destacado que, ainda que a liquidação estivesse em curso, nada obstaria o prosseguimento da ação para definição do direito pleiteado pelo autor, recaindo a suspensão a que se refere o aludido artigo 76 na fase executória.

Entendo, portanto, cabível a compensação pretendida, que, segundo o artigo 368 do Código Civil de 2002, é assim definida:

> Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

Em seguida, define o artigo 369 do mesmo *Codex* que: "A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis".

Na lição do mestre Sílvio de Salvo Venosa:

> Compensar é contrabalançar, contrapesar, equilibrar. No direito obrigacional, significa um acerto de débito e crédito entre duas pessoas que têm, ao mesmo tempo, a condição recíproca de credor e devedor. Os débitos extinguem-se até onde se compensam, isto é, se contrabalançam. É um encontro de contas (*Direito Civil* - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, 4. ed., p. 305).

Sendo incontroversa a condição simultânea de credor e devedor entre apelante e apelada, passo à análise dos requisitos objetivos para a compensação.

Acerca de tais requisitos, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 8. ed., Editora Revista dos Tribunais):

> Líquida é a dívida em que é evidente o *quantum debeatur* (p. 348).
>
> Além das dívidas vencidas, ou seja, que se tornaram exeqüíveis porque verificado o termo final do prazo do cumprimento da obrigação (CC 134), são também vencidas as que já podem ser exigidas: a) porque não foi ajustada época de pagamento e o credor pode exigi-las imediatamente (CC 134 e 331); (p. 344).
>
> Fungíveis são as coisas que se contam, se medem ou se pesam, e não se consideram objetivamente como individualidades (p. 211).

Diante da perícia realizada e do que mais consta dos autos, as dívidas a serem compensadas afiguram-se líquidas, vencidas e de coisas fungíveis (dinheiro), não havendo motivo para que seja negada a sua compensação.

Cumpre salientar que, quando da prolação da sentença (24.10.2005), já estava esgotado, há muito, o prazo legal de encerramento da liquidação, que não pode eternizar-se a ponto de os cooperativados não terem satisfação alguma em relação a seus saldos de depósitos e investimentos, a cada dia corroídos com a remuneração da liquidante, conselheiros, e outras despesas.

Diante de tal contexto, a retenção dos valores pertencentes aos cooperativados, pela apelada, saiu do campo do exercício regular do direito, mais um motivo pelo qual o pedido do apelante se mostra pertinente.

Acerca da matéria, assim vinha decidindo o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

> Civil. Cautelar. Restituição de depósito de associado. Cooperativa sob liquidação ordinária. Deliberação em assembléia. Duração legal de um ano prorrogável por mais um. Findo prazo legal para término da liquidação. Probabilidade de corrosão dos recursos. Restituição. Necessidade. - Findo o término do prazo de um ano prorrogável por mais um, previsto no art. 76 da Lei 5.764/71, os recursos depositados em cooperativa de crédito que está sob liquidação ordinária devem ser restituídos aos cooperativados, sob pena de verem corroídos seus recursos pelas despesas com o processo de liquidação extemporânea, além de configurar ilícito da retenção indevida de saldo (Apelação Cível nº 465.837-3, 9ª Câmara Cível, Rel.ª Juíza Márcia De Paoli Balbino, j. em 1º.10.2004).

> Cooperativa. Liquidação extrajudicial. Suspensão das ações. Referência à fase executória. Interpretação lógica.
> - A suspensão da ação prevista no art. 76 da Lei 5.764/71, que trata da dissolução e liquidação das cooperativas, não impede o prosseguimento da ação para definição do direito, referindo-se apenas à fase executória, quando for o caso.
> - Os sócios cooperados, com quotas do capital social da cooperativa, têm o direito ao levantamento dos valores depositados em sua conta corrente perante a cooperativa em liquidação, por não se tratar de valor que integrou o seu patrimônio, mas apenas ali depositado com o dever de devolução (Apelação Cível nº 365.783-8, 1ª Câmara Cível, Rel.ª Juíza Vanessa Verdolim Andrade, j. em 19.11.2002).

No mesmo sentido vem-se manifestando este Tribunal:

> Procedimento comum ordinário. Restituição de depósito de associado. Cooperativa de crédito sob liquidação ordinária. Deliberação em assembléia. Duração legal de um ano prorrogável por mais um. Encerramento do prazo sem conclusão da liquidação. Restituição devida.
> - A liquidação ordinária de cooperativa de crédito, uma vez deliberada pela assembléia, deve durar por um ano, prorrogável por mais um ano apenas, de acordo com o disposto pelo art. 76 da Lei 5.764/71.
> - Findo este prazo, os recursos depositados em cooperativa de crédito que está sob liquidação ordinária devem ser restituídos aos cooperativados, sob pena de verem corroídos seus recursos pelas despesas com o processo de liquidação extemporânea, além de configurar ato ilícito a retenção indevida de saldo (Apelação Cível nº 502.295-7, 11ª Câmara Cível, Rel.ª Desembargadora Selma Marques, j. em 27.04.2005).

Logo, já tendo vencido o prazo fixado na Lei 5.764/71 para a cessação da liquidação ordinária ou mesmo para que a assembléia defina as questões relativas aos recursos dos cooperativados e restando demonstrado que a parte apelante e apelada são credora e devedora reciprocamente, cabível a compensação, com a extinção da dívida do recorrente para com a cooperativa apelada, até onde se compensarem.

Quanto aos demais pedidos constantes da inicial - exclusão do nome do recorrente dos cadastros de inadimplentes e condenação da apelada ao pagamento de danos morais por negativação indevida -, passo à sua análise.

Consta dos autos que a dívida do recorrente para com a cooperativa apelada venceu em 27.03.2002, conforme se verifica da cédula rural pignoratícia (f. 124/125), não tendo sido reconhecidamente paga, constituindo, pois, exercício regular do direito a inclusão do seu nome no banco de dados do SPC.

Neste sentido, também vinha decidindo o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

> Ação de indenização por danos morais. Ilicitude jurídica indemonstrada. Ausência do dever de indenizar. - Não restando demonstrada a conduta ilícita do réu, resultante da violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao seu titular, ausente se encontra o dever reparatório de ordem moral pretendido pela parte que se sente ofendida. Não obstante a inscrição do nome no registro de informações de consumidores inadimplentes junto a órgãos de proteção ao crédito configure prejuízo moral, não há dever de ressarcir se o registro não foi procedido indevidamente, por

se tratar de exercício regular de direito das instituições de crédito, tendente a propiciar controle cadastral sobre a idoneidade patrimonial dos consumidores (Apelação Cível nº 374.595-7, 3ª Câmara Cível, Rel. Juiz Vieira de Brito, j. em 18.12.2002).

Em decorrência do não-pagamento da dívida por parte do recorrente, não se afigura indevida a negativação combatida, o que afasta, de pronto, o dever de indenizar.

Contudo, tendo sido reconhecido o direito à compensação, pelos fundamentos já expostos, o que leva à extinção do débito do recorrente para com a recorrida, a exclusão do seu nome apresenta-se pertinente.

Ainda, quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita reiterado pela apelada em contra-razões, devo esclarecer que tal benefício já foi concedido em primeira instância, sendo desnecessário seja novamente elaborado, mesmo porque a parte contrária não se insurgiu contra a decisão que o deferiu.

Registre-se, por fim, que o crédito remanescente, que se encontra na posse da apelada, deverá ser restituído ao apelante nos moldes apurados no laudo pericial de f. 236/242, valor este que deverá ser acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e corrigido monetariamente pelos índices da tabela da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, a partir de 15.07.2005, tendo em vista que, até essa data, o Sr. Perito atualizou o crédito, conforme se infere do respectivo laudo.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso e julgo parcialmente procedentes os pedidos constantes da inicial, para reconhecer o direito do apelante à compensação, declarando extinto o débito decorrente da cédula rural pignoratícia (f. 124/125) e determinando a restituição do crédito remanescente, nos moldes apurados no laudo pericial (f. 236/242), valor que, até a data do efetivo pagamento, deverá ser acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e corrigido monetariamente pelos índices da tabela da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, a partir de 15.07.2005.

Ainda, determino seja expedido ofício ao SPC, para que se exclua o nome do recorrente de seus cadastros, relativamente ao débito ora declarado extinto.

Diante da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais, inclusive as recursais, e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor do crédito remanescente, na proporção de 30% (trinta por cento) para o apelante e 70% (setenta por cento) para a apelada, ficando, quanto a esta, suspensa a exigibilidade, em face do artigo 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Valdez Leite Machado* e *Dídimo Inocêncio de Paula*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

**INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL - LOTERIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - VÍDEO LOTERIA *OFF-LINE* INTERATIVA - PERMISSÃO ADMINISTRATIVA - AUTARQUIA - INCOMPETÊNCIA - ILICITUDE DO OBJETO - INVALIDAÇÃO DO ATO - APREENSÃO DOS TERMINAIS ELETRÔNICOS - "CAÇA-NÍQUEIS" - NEXO CAUSAL - AUSÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO**

**Ementa: Indenização. Loteria do Estado de Minas Gerais. Vídeo Loteria *Off-Line* Interativa. Permissão administrativa mediante resolução. Incompetência da autarquia. Ilicitude do objeto. Invalidação do ato. Prejuízo correspondente aos gastos despendidos pelo permissionário. Apreensão dos terminais eletrônicos ("caça-níqueis"). Ausência de nexo etiológico. Dever indenizatório inexistente.**

**- A exploração de "Vídeo Loteria *Off-Line* Interativa" configura contravenção penal, razão de sua invalidação pela Loteria do Estado de Minas Gerais, que não responde, porém, pelos prejuízos alegados pelo permissionário, máxime porque ausente o requisito atinente ao nexo etiológico, pois a formalização da importação dos terminais eletrônicos (máquinas "caça-níqueis") deu-se anteriormente à edição da resolução editada pela autarquia, assumindo o agente, em conseqüência, risco próprio.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.440235-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Perene Ltda. - Apelada: Loteria do Estado de Minas Gerais - 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 NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 18 de maio de 2006. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Renato José Barbosa Dias.

*O Sr. Des. Nepomuceno Silva* - Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recurso contra sentença (f. 362-375) proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Capital, nos autos de ação de indenização ajuizada por Perene Ltda. (apelante) em desfavor de Loteria do Estado de Minas Gerais (apelada), a qual julgou improcedente o pedido e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Nas razões recursais (f. 382-391), erige-se o inconformismo da apelante, argumentando, em síntese:

1) preliminarmente: conhecimento e provimento do agravo retido (f. 348-350);

2) no mérito: presunção de legalidade e legitimidade do ato de credenciamento; restabelecimento da situação anterior; presença dos fundamentos de direito para a indenização; e imposição do dever de indenizar, ainda que ilícito o objeto do ato, porquanto há nos autos comprovação dos danos sofridos.

Contra-razões, em óbvia infirmação (f. 395-396).

Sem interesse ministerial.

Do agravo retido.

Preliminarmente, a apelante requereu o conhecimento e provimento do agravo retido de f. 348-350, interposto contra decisão interlocutória de indeferimento da realização de prova pericial para quantificação do prejuízo (f. 347).

Não lhe assiste razão, *data venia*.

A produção de provas em direito é uma garantia do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, cabendo ao Judiciário, porém, evitar que, sob tal pretexto, o processo se transforme em infindáveis diligências inúteis, máxime quando nele já se encontrarem todos os elementos necessários ao seguro entendimento da controvérsia.

Compete ao juiz conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, quando o objeto da lide prescindir de dilação probatória (CPC, art. 330, I).

O julgamento antecipado da lide, presentes os requisitos que o enseja, é dever (e não faculdade) do juiz, máxime porque "corresponde a uma

das maiores conquistas do CPC de 1973, porque permite significativa economia de tempo e de atividade processual" (Antônio Cláudio da Costa Machado. *Código de Processo Civil Interpretado,* 4. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 453).

*Ad argumentandum*, nem mesmo a determinação de especificação de provas configuraria óbice ao julgamento antecipado da lide, pois "presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (STJ, 4ª T., REsp 2.832/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 14.8.1990, dec. unân.; *RSTJ* 102/500, *RT* 782/302).

A prova requerida não teria o condão de influenciar o convencimento do julgador, visto que o fundamento da decisão se atrela a outros elementos e circunstâncias dos autos - e não ao *quantum* do alegado prejuízo - prescindindo-se, pois, da prova pericial.

O mérito analisará e expungirá, essa questão oportuna e em sede própria.

Com esses argumentos, nego provimento ao agravo retido.

*O Sr. Des. Cláudio Costa* - Peço vista dos autos.

*Súmula* - PEDIU VISTA O REVISOR. O RELATOR NEGAVA PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO.

**Notas taquigráficas**

Assistiu ao julgamento, pela apelante, o Dr. Renato José Barbosa Dias.

*O Sr. Presidente (Des. Nepomuceno Silva)* - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 06.04.06, a pedido do Revisor, após meu voto, como Relator, negando provimento ao agravo retido.

Com a palavra o Des. Cláudio Costa.

*O Sr. Des. Cláudio Costa* - Pedi vista dos autos em face do agravo retido manifestado pela apelante às f. 348/350 e, após detido exame, tenho-o, com efeito, por manifestamente descabido.

Com efeito.

Em primeiro lugar, o art. 130 do CPC confere ao juiz uma ampla latitude de apreciação das provas, bem como a iniciativa de outra que entenda necessária à formação de seu convencimento.

Confira-se: "Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização" (*RT* 305/121).

E, também,

> (...) Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade (...)" (*RSTJ* 84/250, STJ - *RT* 729/155, STJ - *RF* 336/256, 346/265).

Assim, sendo o magistrado o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização, a qualquer tempo, vale dizer, todo julgador, diante das questões que lhe são colocadas, tem o direito de formar sua livre convicção.

De outro lado, vejo que, mesmo que assim não fosse, na forma do art. 460 do CPC, os pedidos contidos nos subitens 3.2 e 3.3 (f. 16) não desafiam prova que reclame conhecimento técnico, pelo que não se subsume à hipótese descrita no art. 420 e incisos do CPC.

É que, quanto ao subitem 3.2, basta que se afira, à f. 11, que postulou a apelante:

> ... seja a ré condenada a devolver à autora em dinheiro recebidos indevidamente pela permissão nula, durante o tempo em que esta vigorou, por força da Resolução nº 025/99 ... (cf. recibos de pagamento, documentos ns. 99 até 145).

e, no subitem 3.3

> ... seja condenada a ré a indenizar a autora pelos danos sofridos em razão da nulidade da delegação, tendo por base o valor dos equipamentos adquiridos para a prestação dos serviços de Vídeo Loteria *Off-Line* Interativa, o valor das tarifas de desembaraço aduaneiro, o valor dos tributos e contribuições pagos sobre a aquisição de equipamentos, com juros e correção monetária, conforme se apurar em ulterior liquidação (itens nos 2.5, 2.6, 2.7, 2.8, retro).

Na hipótese em apreciação, como se vê à f. 347, entendeu o Juízo de primeiro grau despicienda a realização de prova pericial, nos termos em que preceitua, expressamente, o art. 130 do CPC; e, ademais, como bem posto na inicial (item 3.3), a matéria poderia ser apurada em liquidação de sentença. Daí que:

> Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder (STJ - 4ª T., REsp 2.832-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

Com esses fundamentos, peço vênia, para acompanhar o douto Relator, improvendo o agravo retido, o que faço, de igual sorte, quanto ao mérito.

É o meu voto.

*O Sr. Des. José Francisco Bueno* - De acordo.

*O Sr. Des. Nepomuceno Silva* - Do mérito.

A "exploração de modalidades lotéricas" é uma das atividades que integram o objeto social da apelante, sociedade empresária constituída em 14.10.1974 (f. 20).

A apelada - Loteria do Estado de Minas Gerais - é entidade autárquica, com autonomia administrativa e financeira, competindo-lhe dirigir, coordenar, fiscalizar e controlar, no território estadual, a execução da loteria explorada pelo Estado de Minas Gerais (Lei nº 6.265, de 18.12.1973, art. 1° e parágrafo único).

Através da Resolução nº 025/99, de 20.08.1999, a apelada normatizou e regulamentou a "Vídeo Loteria *Off-Line* Interativa do Sistema de Concurso de Prognósticos, com premiações pré-fixadas, sorteios e apostas instantâneas tendo como base números, figuras e/ou símbolos" (f. 24-30).

A aludida Resolução (art. 2°, *caput*) dispõe que essa modalidade ("Vídeo Loteria *Off-Line* Interativa") utiliza equipamentos (terminais eletrônicos), em que "as apostas e premiações são efetuadas em espécie, podendo o apostador fazer a escolha do número, figura ou símbolo a ser sorteado aleatoriamente ou não". Tais equipamentos (terminais eletrônicos) são vulgarmente conhecidos como "caça-níqueis".

A apelante credenciou-se regularmente na Loteria do Estado de Minas Gerais (apelada) para atuar nesse segmento (f. 44-45), razão por que teria importado os terminais eletrônicos necessários à atividade, segundo ela, em face da Resolução nº 025/99.

Posteriormente, a apelada editou a Resolução nº 003/00, de 21.03.2000 (f. 149-150), suspendendo as atividades constantes, dentre outras, da Resolução nº 025/99.

Por fim, foi editada a Resolução nº 019/00, de 13.07.2000 (f. 151), estabelecendo que:

> ficam revogados e, por tal, declarados sem efeito todos os credenciamentos, licenciamentos ou atos similiares, que impliquem autorização de uso das máquinas operadoras de 'Vídeo Loteria *Off-Line* Interativa' âmbito do Estado de Minas Gerais.

O Superior Tribunal de Justiça, decidiu a questão do funcionamento das máquinas "caça-níqueis", reconhecendo a ilicitude da atividade e a legitimidade do Ministério Público e da Polícia Militar para fiscalizar e apreender tais equipamentos, restando ementado, *verbis*:

> Recurso ordinário em mandado de segurança - Funcionamento de máquinas 'caça-níqueis' - Autorização por resolução revogada por nova resolução - Ausência de direito líquido e certo - Caracterização de contravenção penal -

Legitimidade do Ministério Público e da Polícia Militar para fiscalização e apreensão.
- 1. Recurso ordinário em mandado de segurança, o qual se rebela contra ato do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais que vedou o exercício das atividades comerciais da recorrente na exploração de máquinas eletrônicas de 'Vídeo Loteria *Off-Line* Interativa', as chamadas 'caça-níqueis'. Segurança denegada, ao argumento de que o pretenso direito à exploração das referidas máquinas foi revogado por nova resolução da Loteria do Estado de Minas Gerais. Evidenciado o interesse em recorrer do Ministério Público.
- 2. A Resolução 03/00, de 21.03.2000, suspendeu os efeitos da Resolução nº 25/1999, medida concretizada definitivamente pela Resolução nº 19/2000, todas da Loteria do Estado de Minas Gerais, revogados os credenciamentos para exploração de máquinas 'caça-níqueis'.
- 3. Posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, por despacho presidencial proferido na Suspensão de Segurança nº 1.814-1/MG, que, atendendo a requerimento da Loteria do Estado de Minas Gerais, suspendeu várias liminares concedidas pelo egrégio TJMG que afastavam qualquer ato impeditivo da exploração das máquinas 'caça-níqueis'. Não há, pois, como, em confronto com a decisão da mais alta autoridade judiciária do País, autorizar o funcionamento das referidas máquinas, ou para determinar que a autoridade coatora se abstenha de tomar qualquer medida que vise a impedir a exploração das mesmas.
- 4. Questão que foi decidida nos embargos de declaração surtiu mais efeito prático do que o verdadeiro julgamento do mandado de segurança, uma vez que entraram em funcionamento, novamente, inúmeras máquinas 'caça-níqueis' que haviam sido recolhidas ou apreendidas, a grande maioria por decisões judiciais, quer em caráter liminar, quer em caráter definitivo.
- 5. As loterias têm existência legal, destinada, porém, tão-só e exclusivamente, à sua finalidade, qual seja os jogos lotéricos, não podendo elas cuidar da regularização dos jogos eletrônicos conhecidos por 'caça-níqueis'. De igual modo, por faltar-lhes competência legal, é vedado deferir permissão administrativa para sua exploração, caracterizando, assim, a ausência de liquidez e certeza do invocado direito à manutenção das máquinas 'caça-níqueis' em atividade.
- 6. A IN/SRF nº 172, de 30.12.1999, que dispõe sobre a apreensão de máquinas eletrônicas programadas para a exploração de jogos de azar, importadas do exterior, obriga a apreensão, para fins de aplicação da pena de perdimento de todas as máquinas desta espécie importadas e ainda não desembaraçadas. Tal resolução é fulcrada no art. 50 do DL nº 3.688/41, no art. 105, XIX, do DL nº 37/66, no art. 23, IV e parágrafo único, do DL nº 1.455/76, e no art. 1° do Decreto nº 3.214/99, todos em vigor e que tipificam a exploração de máquinas 'caça-níqueis' como contravenção penal.
- 7. Constitui prática contravencional a exploração e funcionamento das máquinas 'caça-níqueis', em qualquer uma de suas espécies.
- 8. Cumpre ao Ministério Público e à Polícia Militar de Minas Gerais desempenhar suas funções institucionais, e dentre estas se inclui, de maneira clara, o combate, de ofício, ao crime e à contravenção, sob pena de prevaricação, sendo lídima a ação para obstaculizar o funcionamento das máquinas 'caça-níqueis'.
- 9. Recurso provido (STJ, ROMS 13.965/MG, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. em 28.05.2002, dec. unân.).

Não se discute, pois, acerca da ilicitude das máquinas "caça-níqueis", da incompetência da autarquia-ré para regulamentar sua exploração e da legitimidade do Ministério Público e da Polícia Militar para apreendê-las, restando lídimo, em conseqüência, o Aviso Conjunto nº 002/2000 (f. 152-154).

Feitas tais digressões, passa-se à análise do mérito propriamente dito, uma vez que, segundo a apelante, "ao tempo dessas aquisições, nunca existira qualquer objeção do Poder Público, mínima que fosse, à exploração dos referidos equipamentos de Video Loteria *Off-Line* Interativa", cuidando-se de atividade havida como lícita, tanto assim que normatizada pela Resolução nº 25/1999, baixada pela ré.

Por essa razão, busca a apelante indenização pelos gastos realizados com a aquisição dos terminais eletrônicos ("caça-níqueis") - que foram apreendidos - bem como ressarcimento dos valores despendidos a título de desembaraço aduaneiro, tributos e contribuições.

Todavia, a Resolução nº 19/2000 não se amolda ao instituto da "revogação", consistindo, em verdade, em inequívoca "invalidação".

É que o conteúdo dessa Resolução (19/2000) se sustenta na ilegitimidade do ato (Resolução nº 25/1999), que representa afronta ao direito, não sendo esse o motivo da "revogação", cujo instituto se justifica por mera inconveniência.

No que tange ao instituto da invalidação e aos seus efeitos, preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 422-423), *verbis*:

> Para a Administração o que fundamenta o ato invalidador é o dever de obediência à legalidade, o que implica obrigação de restaurá-la quando violada. Para o Judiciário é o exercício mesmo de sua função de determinar o Direito aplicável no caso concreto. [...] De todo modo, percebe-se, neste passo, uma diferença nítida entre os efeitos da invalidação e os da revogação. Enquanto a invalidação suprime seu objeto retroativamente, eliminando as situações passadas, a revogação as respeita, pois apenas lhes tolhe o seguimento para o futuro.

O exame de eventual dever de indenizar, decorrente da invalidação do ato, exige, à obviedade, a presença dos requisitos que justificam e impõem tal obrigação.

Fazendo-o, percebe-se a ausência de requisito imprescindível ao dever de indenizar, atinente ao liame causal entre o suposto dano sofrido e a conduta da autarquia-ré.

Explica-se.

A Resolução nº 25/1999, que normatizou e regulamentou a "Vídeo Loteria *Off-Line* Interativa", que teria amparado o credenciamento da apelante, ensejando a aquisição das máquinas "caça-níqueis" - fonte do alegado dano - foi editada em 20.08.1999. Em data posterior, portanto, à formalização da importação dos equipamentos, que se deu em 23.07.1999, como comprovam os documentos acostados aos autos (f. 49-50/57-59).

Desse modo, induvidosamente, a apelante providenciou a importação das máquinas antes da edição da Resolução nº 25/1999, assumindo risco próprio, pois inexistente àquela época regulamentação daquela atividade.

Assim, mesmo enodoada, a resolução não causou, por si, qualquer prejuízo à apelante, circunstância que revela ausência de nexo etiológico, suficiente ao indeferimento da pretensão indenizatória.

Conceituando o nexo causal (nexo etiológico ou relação de causalidade), ensina Sílvio de Salvo Venosa (*Direito Civil: responsabilidade civil.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 4, p. 39), *verbis*:

> É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Registra-se que a sentença sustenta o indeferimento do pedido indenizatório, basicamente, na "flagrante antijuridicidade da atividade de vídeo loteria *off-line* interativa".

Aqui, *data venia*, meu modesto entendimento é outro, embora conduza ao desprovimento do recurso. É que, repito, a apelante providenciou a importação das máquinas antes mesmo de sua regulamentação, assumindo os riscos por conta própria, circunstância que revela ausência de um dos requisitos do dever indenizatório, atinente ao nexo etiológico.

Despicienda, pois, a análise de questões outras que, em conseqüência, mostram-se periféricas e despidas do condão de reverter esse fundamento, porquanto é imprescindível à imposição do dever indenizatório a prova inequívoca do liame causal entre o dano sofrido e a conduta do agente.

Ante tais expendimentos, reiterando vênia, nego provimento ao agravo retido e à apelação.

Custas recursais, *ex lege*.

É como voto.

*O Sr. Des. Cláudio Costa* - De acordo.

*O Sr. Des. José Francisco Bueno* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

-:::-

**AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - FINANCIAMENTO HABITACIONAL - RELAÇÃO DE CONSUMO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL - CONTROLE JUDICIAL - POSSIBILIDADE**

**Ementa: Revisão de cláusulas contratuais. Financiamento habitacional. Repactuação dos encargos mensais por via judicial. Possibilidade. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor.**

**- O contrato faz lei entre as partes, mas pode ser alterado pelo juiz diante do desequilíbrio entre os contratantes, visto que se impõe o obrigatório controle judicial para restabelecimento do equilíbrio violado, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa.**

**- O Código de Defesa do Consumidor regula as relações de consumo e deve incidir sobre os contratos de compra e venda de imóvel por financiamento, pois consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como seu destinatário final, e serviço, a atividade colocada no mercado de consumo pelo fornecedor, sendo todos esses seus elementos caracterizadores, nos moldes dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.02.797812-1/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Theodoro Coelho Maciel - Apelada: Lakeville Empreendimentos Imobiliários Ltda. - Relator: Des. UNIAS SILVA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR SUSCITADA DA TRIBUNA. REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de março de 2006. - *Unias Silva* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Produziu sustentação oral pelo apelante o Dr. Dante Pires; e, pelo apelado, o Dr. Gustavo Corgosinho.

*O Sr. Des. Unias Silva* - Rejeito a preliminar, levantada da tribuna, de nulidade de sentença por incompetência do juízo.

*O Sr. Des. D. Viçoso Rodrigues* - Também tenho entendimento de que, se a sentença não se baseou somente na audiência, mas em outras provas, também não é nula a sentença proferida pelo Juiz substituto.

Acompanho o eminente Relator.

*O Sr. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Quero registrar também que, em virtude do enorme volume de serviços no fórum, principalmente de Belo Horizonte, houve o entendimento da Corregedoria e da Corte Superior de até designar cooperadores para atuarem facilitando os trabalhos dos juízes titulares na realização de sentenças.

Da minha parte, como essa preliminar não foi levantada nas razões de recurso, também a rejeito.

*O Sr. Des. Unias Silva* - Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação declaratória, visando à revisão de cláusulas contratuais que Theodoro Coelho Maciel ajuizou em face de Lakeville Empreendimentos Imobiliários, cujos pedidos foram julgados improcedentes pela sentença de f. 627/631.

Irresignado, apela o autor às f. 643/668, asseverando, preliminarmente, nulidade da sentença, por ser esta inconsistente e apresentar vícios quanto à matéria fático-probatória. No mérito, alegou o autor que a recorrida omitiu informações do contrato, que as condições de pagamento praticadas estão em desacordo com o pactuado, que, da data da assinatura do contrato até o ajuizamento da ação, já pagou à ré o equivalente a 70% do valor base, que houve atraso de 11 meses na entrega do imóvel, que os juros ultrapassam o limite legal de 12% e que a planilha apresentada pela recorrente não é transparente.

Enfim, pleiteia a ilegalidade da cobrança dos juros, o reajustamento mensal das parcelas e a reconstituição integral do saldo do preço sem os juros embutidos, com as devoluções em dobro. Ainda, requer seja declarado o direito de o autor ter o saldo financiado nos moldes do SFH, arbitramento de penalidade em virtude do atraso na entrega das chaves, a devolução dos valores pagos a título de IPTU no período entre a data do contrato e a entrega das chaves, seja facultado ao autor ser ou não sócio usuário do Minas Tênis Náutico Clube, bem como a nulidade da cláusula que proíbe antecipação de pagamentos, da que estipula multa de 10% sobre as prestações em atraso, da que prevê vencimento antecipado da totalidade do saldo do preço, na inadimplência do autor, da que impõe ao autor cláusula mandato para representá-lo e de outras que se julguem abusivas.

Quanto à cautelar inominada, requer seja a mesma julgada procedente.

Contra-razões às f. 698/730. Este é o relatório.

Da preliminar de nulidade de sentença.

Pois bem, compulsando detidamente os autos, bem como a sentença expendida às f. 627/631, tenho por bem rejeitar a preliminar de nulidade da sentença.

É que o autor/apelante, ao ingressar em juízo com a ação de revisão de cláusulas contratuais, afirmou que: a Empresa Lakeville Empreendimentos Imobiliários Ltda. omitiu informações do contrato; que as condições de pagamento estariam em desacordo com o pactuado; que, da data da assinatura do contrato até o ajuizamento da ação, já pagou o equivalente a 70% do valor base; que houve atraso de 11 meses na entrega do imóvel; que os juros ultrapassam o limite legal de 12%; e que a planilha apresentada pela recorrente não era transparente.

Denunciou, outrossim, outras irregularidades no contrato, como venda casada e propaganda enganosa, culminando nos seguintes pedidos:

a) a ilegalidade da cobrança dos juros;

b) o reajustamento mensal das parcelas e a reconstituição integral do saldo do preço sem os juros embutidos, com as devoluções em dobro;

c) o direito de o autor ter o saldo financiado nos moldes do SFH;

d) o arbitramento de penalidade em virtude do atraso na entrega das chaves;

e) a devolução dos valores pagos a título de IPTU no período entre a data do contrato e a entrega das chaves;

f) seja facultado ao mesmo ser ou não sócio usuário do Minas Tênis Náutico Clube;

g) a nulidade da cláusula que proíbe antecipação de pagamentos;

h) a nulidade da cláusula que estipula multa de 10% sobre as prestações em atraso, fixando-a em 2%;

i) a nulidade da cláusula que prevê vencimento antecipado da totalidade do saldo do preço, na inadimplência do autor e

j) a nulidade da que impõe ao autor cláusula mandato para representá-lo.

Quando da sentença, o ilustre Juiz singular, já de início, especificou que seu entendimento seria o de que o contrato não poderia ser revisto. Tendo em vista, portanto, o entendimento pelo *pacta sunt servanda*, não seria o Magistrado compelido a rechaçar pedido por pedido, como sustentado pelo recorrente.

A compreensão do Julgador pela manutenção do contrato como um todo, bem como pela não-aplicação do Código de Defesa do Consumidor justifica as lacunas sobre os pedidos, não se tratando de sentença *citra petita*.

Os erros materiais alegados pelo recorrente, outrossim, não anulam a sentença, pelo que rejeito a preliminar suscitada.

*O Sr. Des. D. Viçoso Rodrigues* - De acordo com o eminente Relator.

*O Sr. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes* - De acordo com o eminente Relator.

*O Sr. Des. Unias Silva* - Do mérito.

Pois bem, de imediato, no mérito, tenho como aplicável na espécie o Código de Defesa do Consumidor.

É verdade que as partes possuem liberdade de contratar, vinculando-se através do princípio *pacta sunt servanda*. Não menos verdade, entretanto, que essa liberdade não é absoluta e, muitas das vezes, encontra barreiras em princípios basilares que informam, ainda que implicitamente, a ciência jurídica enquanto instrumento de disciplina social, dentre eles aquele que veda o enriquecimento sem causa.

O Código de Defesa do Consumidor sepultou o princípio da autonomia da vontade se houver no contrato qualquer cláusula lesiva ao direito do consumidor. A capacidade intelectiva da pessoa para compreender o que está contratando não lhe retira o direito de pleitear, em juízo, o reconhecimento de uma cláusula nula, qual seja sem efeito.

A propósito, diante da nova realidade social e econômica, não se pode apegar aos vetustos princípios da liberdade contratual, da igualdade das partes, da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, para validar o desequilíbrio contratual presente nos contratos bancários de adesão. Na atual conjuntura, em que prevalecem a desigualdade e o desequilíbrio contratual, a utilização, de maneira indiscriminada e absoluta daqueles princípios está a merecer ponderações e restrições do julgador.

Assim, impõe-se a aplicação dos princípios e regras consumeristas que possibilitam garantir, de modo efetivo, o equilíbrio contratual entre fornecedor e consumidor.

Nesse passo, verificamos que todos os aspectos do contrato devem ser analisados sob os olhares do Código Consumerista, o que significa, desde já, que o prometido pela Empreendedora Lakeville em seus *folders* publicitários deve ser respeitado objetivamente.

Significa também que as cláusulas abusivas devem ser, sim, revisadas, podando-se o poder contido no chamado contrato de adesão objeto da ação.

Ainda, verificando nos autos a relação de consumo, a verossimilhança da alegação ou quando for a parte hipossuficiente, segundo as regras de experiência, deve o julgador inverter o ônus da prova.

Ora, compulsando-se detidamente o feito, verificam-se juros anuais acima de 12%,

multa contratual de 10%, e não 2%, como previsto pela Lei do Consumidor. Verificam-se, também, no reajustamento das parcelas, juros embutidos, sem contar que o recorrente pagou IPTU em período em que não esteve de posse das chaves do imóvel.

No que concerne aos juros, não existe licitude jurídica em se aproveitar da difícil situação por que passa a economia nacional, impondo ao devedor juros excessivos, máxime se se considerar que, constituindo o ventilado acordo verdadeiro contrato de adesão, defeso é à empreendedora fixar, ao seu arbítrio, insuportáveis encargos financeiros, deixando o comprador sujeito à contingência de se submeter à sua vontade.

Com fulcro em tais considerações, entendo que os juros permanecem limitados em 12% ao ano, tendo em vista o disposto no artigo 1º do Decreto 22.626/33, bem como o artigo 1.062 do Código Civil de 1916 c/c o § 3º do artigo 192 da CF/88 e artigo 25 do ADCT, que revogou o poder normativo do Conselho Monetário Nacional concedido pela Lei 4.595/64, já que o contrato objeto da execução foi celebrado quando em vigor estes dois últimos dispositivos legais.

De mais a mais, a ordem constitucional em vigor quando da celebração do contrato e do ajuizamento da ação, cuidava de aplicar a limitação dos juros em 12% (doze por cento) ao ano. Mesmo que se considere não auto-aplicável a norma do § 3º do artigo 192 da CF/88, qualquer regulamentação específica sobre juros não poderia fixá-los em patamar superior ao previsto em tal dispositivo constitucional, *data venia*.

Percebemos também que o informe publicitário da Lakeville Empreendimentos Imobiliários prevê o financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação, o que deve ser respeitado pelo recorrido, por ordem legal. Ou seja, se o recorrente possuir os requisitos legais para a obtenção de referido financiamento, a recorrida deverá aceitá-lo, nos termos do prometido quando da captação do cliente.

A venda casada, de outra sorte, não é permitida pelo Código de Defesa do Consumidor, pelo que deve restar consignado que é facultado ao recorrente decidir por sua participação ou não, como sócio, do Minas Tênis Náutico Clube. Tudo isso, claro, observadas as regras de ingresso ao clube.

Não há por que, de outro lado, proibir o apelante de efetivar pagamentos antecipados. É direito seu adiantar a dívida, tudo ainda de acordo com o Código de Defesa do Consumidor.

A imposição de multa de 10% (dez por cento), por atraso no pagamento representa valor muito elevado, sendo permitido ao Judiciário reduzi-la para 2% (dois por cento), em obediência à nova disposição do art. 52, § 1º, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), alterado que foi pela Lei 9.298, de 1º.08.96.

A cláusula que prevê vencimento antecipado da totalidade do saldo do preço, na inadimplência do autor, e a que impõe ao mesmo cláusula mandato para representá-lo também não são regulares à luz da Lei Consumerista, de forma que devem ser tornadas nulas, com as conseqüências de direito.

Outra questão é a penalidade em virtude do atraso na entrega das chaves. Entendo-a correta, pois, vislumbrando detidamente o contrato, percebo que o mesmo fora redigido constando quase que tão-somente obrigações para o outorgado.

Qualquer atraso no pagamento das mensalidades pelo outorgado/autor acarretaria, obviamente, uma série de restrições e impedimentos, ao passo que o atraso por parte da empreendedora estaria amparado por exceções sem qualquer fundamento.

A outorgante, no item 4.9, f. 47, prevê:

> Ressalvados os motivos de força maior e de origem alheios à vontade da Outorgante, a unidade ora compromissada deverá estar concluída, de acordo com o projeto de especificações, no mês de julho de 2001, admitindo-se um atraso não superior a 120 (cento e vinte) dias para a sua conclusão. No prazo acima, não se inclui o tempo necessário para

a execução de serviços extraordinários, acessórios e complementares, assim entendidos aqueles não especificados no citado memorial descritivo do Empreendimento.

Depois de ler e reler tal cláusula, podemos concluir que o recorrente teve até sorte em receber as chaves do imóvel na data informada, pois o contrato abre leque tão grande de exceções para a entrega na data aprazada que resta ao comprador aguardar indeterminadamente o término de sua moradia.

Além de se admitir atraso injustificado de 120 dias, prevê tempo indeterminado para serviços extraordinários, acessórios e complementares. O que são estes serviços não fora especificado, demonstrando o verdadeiro caráter da avença.

O mesmo tipo de liberalidade em relação a "atraso" não foi dado, repita-se, ao comprador.

Enfim, deve a apelada ser condenada a uma multa pelo atraso na entrega das chaves, multa esta cujo valor deve ser fixado, como é a praxe comercial, *vide* art. 335, CPC, no valor correspondente ao aluguel mensal de imóvel nas mesmas características do objeto do contrato, pelo prazo do atraso, após os 120 dias previstos no item 4.9 do contrato, até a entrega das chaves, valor este a ser apurado em liquidação de sentença.

O IPTU pago pelo autor no período em que ainda não tinha recebido as chaves também não era devido, obviamente, pelo que deverá ser compensado da dívida restante.

Não acato o pedido de devolução dos valores discutidos em dobro, uma vez que não houve prática de ilícito, e sim revisão de contrato abusivo. Todos os valores pagos indevidamente devem ser compensados da dívida pendente.

A análise da cautelar resta prejudicada, pois o mérito do recurso de apelação a abrange, em todos os termos.

Em face disso, analisadas as questões trazidas no recurso de apelação, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso, determinando seja revisto o contrato para constar a ilegalidade da cobrança dos juros acima de 12% ao ano, o reajustamento mensal das parcelas e a reconstituição integral do saldo do preço sem os juros embutidos, o direito de o autor ter o saldo financiado nos moldes do SFH e o arbitramento de penalidade em virtude do atraso na entrega das chaves. Esta, a propósito, será apurada em liquidação de sentença e terá como base o montante de aluguéis que o autor teria pago enquanto não esteve de posse das chaves do imóvel. O período para aferição da multa é compreendido pelo primeiro dia após os 120 dias previstos no item 4.9 do contrato e o dia da entrega das chaves.

Determino ainda a compensação dos valores pagos a título de IPTU no período entre a data do contrato e a entrega das chaves, que seja facultado ao autor/apelante ser ou não sócio usuário do Minas Tênis Náutico Clube e anulo as seguintes cláusulas: a que proíbe antecipação de pagamentos, a que estipula multa de 10% sobre as prestações em atraso, fixando-a em 2%, a que prevê vencimento antecipado da totalidade do saldo do preço, na inadimplência do autor e a que impõe ao autor cláusula mandato para representá-lo.

As custas e honorários devem ser imputados ao apelado, nos termos da condenação singular, tendo em vista que o apelante decaiu de parte mínima do pedido - devolução em dobro dos valores.

Custas do recurso de apelação, *ex lege*.

*O Sr. Des. D. Viçoso Rodrigues* - De acordo com o eminente Relator.

*O Sr. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes* - De acordo com o eminente Relator.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR SUSCITADA DA TRIBUNA. REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:::-

**INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - MENOR - PRESENÇA EM BOATE - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO - AUTO DE INFRAÇÃO - PROPRIETÁRIO DO ESTABELECIMENTO - RESPONSÁVEL PELO EVENTO - PENALIDADE - ART. 258 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**Ementa: Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 149 do ECA. Condições para a presença de criança e adolescente em boates e congêneres. Não-cumprimento. Auto de infração. Penalidade. Art. 258 do ECA. Legitimidade.**

**- A competência atribuída pelo art. 149 do ECA à autoridade judiciária para disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará, a entrada e a permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em bailes ou promoções dançantes, boate ou congêneres, bem como a de fiscalizar a sua obediência, não exclui a responsabilidade dos proprietários e demais responsáveis em zelar pela sua aplicação e efetivo cumprimento.**

**- As Portarias VIF 002/2004 e VIF 003/2005, da Comarca de Patos de Minas, que estabelecem que menores de 16 anos não podem entrar em boates ou congêneres desacompanhados dos pais, e, quanto aos menores relativamente incapazes, na faixa de idade entre 16 e 18 anos, somente com a autorização expressa dos pais ou responsável com firma reconhecida em cartório, encontram respaldo no ECA e acarretam a responsabilidade de seus infratores.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0480.05.069904-4/001 - Comarca de Patos de Minas - Apelante: Agito Promoções Ltda. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de março de 2006. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Srª. Desª. Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Trata-se de recurso de apelação proposto às f. 16/20 por Agito Promoções Ltda., no procedimento de infração administrativa iniciado com o auto de infração lavrado pelo Comissariado da Infância e da Juventude, visando à reforma da sentença de f. 12/13, que julgou subsistente o auto de infração para aplicar à apelante pena de multa de três salários mínimos.

Em suas razões recursais, alega a apelante que cumpriu as exigências do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como as Portarias da Vara da Infância e da Juventude. Alega, ainda, que adotou todas as medidas necessárias para a entrada de menores acompanhados ou com autorização, mas dentro do recinto não tem como fiscalizar se permanecem na companhia de seus pais. Por fim, alega ter o Ministério Público se manifestado intempestivamente.

Em contra-razões, às f. 33/35, alega o apelado que a apelante permitiu a entrada de seis menores sem autorização por escrito dos pais no evento que realizou, em desconformidade com as portarias judicial e municipal. Quanto à alegação de intempestividade de sua manifestação, assevera não trazer conseqüências processuais.

Manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça às f. 43/46 pelo desprovimento da apelação.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

No dia 22 de maio de 2005, durante a Festa Nacional do Milho, no Paiolão do Parque de Exposições de Patos de Minas, o Comissariado da Infância e da Juventude daquela Comarca autuou a empresa apelada, Agito Promoções Ltda., por estarem no local seis menores sem autorização por escrito dos pais, em desacordo com as portarias judiciais da Vara da Infância e da Juventude local.

A ora apelante, apesar de notificada, não apresentou defesa em primeira instância.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 149, estabelece ser responsabilidade da autoridade judiciária disciplinar a entrada e a permanência de menores em bailes e festas; se não, vejamos:

> Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:
> I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:
> (...)
> b) bailes ou promoções dançantes;
> c) boate ou congêneres;
> (...).

Tal regulamentação foi realizada pelas Portarias VIF 002/2004 e VIF 003/2005 (f. 08/09), em que se estabeleceu que menores de 16 anos não podem entrar em boates ou congêneres desacompanhados dos pais, e, quanto aos menores relativamente incapazes, na faixa de idade entre 16 e 18 anos, somente com a autorização expressa dos pais ou responsável com firma reconhecida em cartório.

Desse modo, tendo o Comissariado de Menores comparecido ao evento e constatado a presença de menores sem a exigida autorização, demonstrada está a irregularidade cometida pela apelante na promoção do evento.

Entretanto, são pertinentes as argumentações da apelante de que, após a entrada dos menores acompanhados dos pais no evento, não teria como, e ressalto, nem obrigação de verificar se os mesmos permanecerão acompanhados dos pais ou responsáveis. Porém, tal circunstância deveria ter sido alegada e comprovada em primeira instância pela apelante, não podendo agora, em sede de apelação, trazer argumentos novos que dependem de dilação probatória, proibida neste Juízo Recursal.

Assim, aplica-se ao presente caso a revelia constante no art. 319 do Código de Processo Civil, com o seu respectivo efeito, qual seja reputar verdadeiros os fatos articulados pelo autor, já que esse efeito só não se verifica em caso de ocorrência das causas previstas no art. 320 do mesmo diploma legal.

Quanto à alegação de desconsideração do parecer proferido pelo Ministério Público em desatendimento ao prazo legal, como bem ressaltou o douto Representante do *Parquet* em primeira instância, tal descumprimento não acarreta conseqüências processuais, somente acarreta, quando é o caso, que aqui não se verifica, conseqüências disciplinares, pois os prazos do Ministério Público, assim como os do Judiciário, são impróprios, pelo que não precluem.

Desse modo, correta está a condenação proferida pelo Juízo de primeira instância, em atendimento ao disposto no art. 258 do ECA.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação, mantendo a r. sentença objurgada.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Armando Freire* e *Corrêa de Marins*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**PROMESSA DE COMPRA E VENDA - BEM IMÓVEL - INADIMPLEMENTO - RESCISÃO CONTRATUAL - DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÕES PAGAS - MULTA COMPENSATÓRIA - PERDA DAS ARRAS - CUMULAÇÃO - CLÁUSULA CONTRATUAL - AUSÊNCIA DE PREVISÃO - IMPOSSIBILIDADE - FRUIÇÃO DO IMÓVEL - INDENIZAÇÃO - RECURSO ADESIVO - NÃO-CONHECIMENTO**

**Ementa: Rescisão contratual cumulada com pedido de restituição das parcelas pagas. Cláusula penal compensatória. Ausência de previsão contratual de perda das arras. Indenização pela fruição do imóvel. Apelo adesivo. Ausência de contraposição com o recurso principal. Não-conhecimento.**

**- É possível a cumulação da perda das arras e da cláusula penal compensatória, desde que haja previsão contratual expressa.**

**- A cláusula penal compensatória, estipulada no caso de inexecução do contrato visando a suprir ao credor aquilo que o inadimplemento lhe retirou, deve ser fixada num patamar razoável, suficiente para ressarcir o promitente vendedor dos gastos que teve com a transação.**

**- O promitente vendedor faz jus a indenização pelo período no qual o promissário comprador usufruiu do imóvel, devendo tal parcela ser calculada de forma proporcional ao tempo de uso.**

**- O recurso adesivo só deve ser conhecido se tiver por objeto contraposição à matéria versada no bojo do recurso principal.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.02.734268-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: MRV Serviços de Engenharia Ltda. - Apelante adesiva: Jovita Baltazar da Silva - Apeladas: as mesmas - Relator: Des. ANTÔNIO DE PÁDUA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO PRINCIPAL E NÃO CONHECER DO RECURSO ADESIVO.

Belo Horizonte, 21 de março de 2006. - *Antônio de Pádua* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Antônio de Pádua* - Trata-se de apelações principal e adesiva interpostas por MRV Serviços de Engenharia Ltda. e Jovita Baltazar da Silva, respectivamente, nos autos da ação ordinária que a segunda move contra a primeira, perante o Juízo da 4ª Vara Cível desta Capital, inconformada com os termos da r. sentença de f. 279/286 e da decisão que acolheu parcialmente os embargos declaratórios (f. 289/290), que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para declarar rescindido o contrato de compra e venda e determinar a devolução de todas as prestações pagas pela autora, sem parcelamento, compensando-se 10% sobre o valor do contrato a título de multa compensatória. E, em virtude da sucumbência recíproca, condenou as partes ao pagamento dos ônus sucumbenciais na proporção de 70% à autora e 30% à ré.

Em suas razões recursais (f. 291/299), a apelante principal afirma que a retenção de apenas 10% do valor atualizado do contrato para ressarcimento dos prejuízos suportados pela ré é irrisória. Sustenta que o valor a ser compensado na devolução das parcelas, conforme determinado na decisão objurgada, é insuficiente para ressarcir as despesas provocadas pela autora, as quais se referem à publicidade, corretagem, etc. e ainda aos oito anos em que a autora ocupa o imóvel.

Quanto ao direito de compensação pela fruição do imóvel, sustenta que, se não for reconhecido tal direito, estaria havendo enriquecimento ilícito da autora. Alega que tem direito a ser ressarcida pelo uso do imóvel desde 12.05.97 até a efetiva desocupação, no percentual de 1% ao mês do preço do imóvel atualizado.

Afirma, também, que tem direito à retenção das arras penitenciais porque a rescisão do contrato se deu por culpa exclusiva

da autora. Sustenta que a ausência de pedido expresso de retenção das arras na contestação não lhe retira o seu direito, porque a perda das arras é determinada pela lei civil e, *in casu,* também estava prevista contratualmente.

Encerra suas razões, pleiteando o provimento do recurso para a reforma parcial da sentença, a fim de se elevar o percentual devido a título de retenção pela rescisão do imóvel e das arras penitenciais, o reconhecimento do direito de abatimento da importância a ser devolvida à autora, de 1% do valor atualizado do imóvel, por mês, desde maio de 1997 até a efetiva desocupação, a título de fruição do imóvel.

Contra-razões ao recurso principal, às f. 302/305, pela manutenção do *decisum*.

Em sua razões, a apelante adesiva, f. 306/309, alega que é a ré quem deveria ser condenada a pagar à autora multa em virtude de infração contratual porque realizou cobranças indevidas; que, segundo a perícia, cobrou R$ 267,00 a maior.

Sustenta, ainda, que a sentença deveria ser reformada para fixar índice de correção do valor a ser devolvido e o acréscimo de juros ao aludido valor, sob pena de enriquecimento indevido da ré.

Contra-razões ao apelo adesivo, f. 311/315, pelo improvimento do recurso.

Preparo do apelo principal, f. 300. Ausente o preparo do recurso adesivo em virtude de a autora estar litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Conheço do recurso, presentes suas condições de admissibilidade.

Revelam os autos que a apelante adesiva, em 05.12.96, firmou contrato de promessa de compra e venda do apartamento 402/bloco 1, situado na Av. José Cleto, 1.747, Bairro Santa Cruz, nesta Capital, pelo qual pagaria ao promitente vendedor a importância de R$ 33.229,76, sendo R$ 15.817,44 a título de sinal e mais 12 parcelas mensais de R$ 485,62, de 05.01.97 a 05.12.97 e 36 parcelas de R$ 485,62, a partir de 05.01.98. Em junho de 1998, através de acordo firmado por aditivo contratual, foi firmada a alteração do financiamento para 45 parcelas mensais de R$ 569,09.

Inicialmente, há que se observar que a apelação principal tem por escopo a majoração do percentual de retenção a título de cláusula penal e o reconhecimento do direito à compensação pela fruição do imóvel pela apelante adesiva e de retenção das arras penitenciais, enquanto a apelação adesiva busca a reforma da decisão para a penalização da apelante principal ao pagamento de multa por descumprimento do contrato.

Passo à análise do apelo principal em separado, uma vez que ele não possui o mesmo objeto do adesivo.

Contra o direito da apelante adesiva à devolução das parcelas pagas em decorrência da recisão do contrato de compra e venda não se insurgiu a apelante principal, limitando-se o seu recurso à pretensão de reconhecimento do direito de retenção de parte do valor a título de cláusula penal, arras penitenciais e compensação pela fruição do bem.

O contrato prevê em sua cláusula 11ª, alínea primeira, *in verbis*:

> Não efetuando o Promitente Comprador o pagamento no prazo fixado na notificação, ficará o mesmo constituído em mora, e o contrato rescindido de pleno direito, conforme dispõe o artigo 119, parágrafo único, do Código Civil, perdendo o Promitente Comprador em favor da Promitente Vendedora, por preço atualizado do contrato, até a data do inadimplemento, como multa compensatória, calculada da seguinte forma:
> se tiver pago até 10% (dez por cento) do preço atualizado do contrato, receberá o Promitente Comprador em devolução 20% (vinte por cento) da quantia paga;
> do que exceder a 10% (dez por cento) e até 30% (trinta por cento) do preço atualizado do contrato, receberá o Promitente Comprador em devolução 50% (cinqüenta por cento) da quantia paga;
> do que exceder a 30% (trinta por cento) e até 70% (setenta por cento) do preço atualizado

> do contrato, receberá o Promitente Comprador em devolução 75% (setenta e cinco por cento) da quantia paga;
> do que exceder a 70% (setenta por cento) do preço atualizado do contrato, receberá em devolução 100% (cem por cento) da quantia paga.

O contrato não prevê, na hipótese de rescisão por inadimplemento do promitente comprador, a acumulação da perda das arras e perdas e danos, como quer a apelante principal.

A doutrina é claramente divergente a respeito da possibilidade de acumulação da perda das arras com indenização pelas perdas e danos através da cláusula penal.

O mestre Caio Mário da Silva Pereira, em suas *Instituições de Direito Civil*, preleciona:

> Enquanto de um lado, Clóvis Beviláqua, Carvalho de Mendonça, Sílvio Rodrigues negam a suscetibilidade de se acumularem as arras e perdas e danos, de outro lado, não falta na doutrina a acumulação. A questão não pode ser resolvida sumariamente. A consulta à vontade das partes é salutar. Se houverem ajustado a acumulação, não há razão para que se recusem, porque a matéria é de interesse privado das partes, como também se inequivocamente o contrato permitir que se traduzem como pré-fixação de perdas e danos, como na hipótese de serem ínfimas em relação ao vulto enorme negócio (10. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 3, p. 60).

Filio-me à corrente que entende possível a acumulação da perda das arras com o pagamento das perdas e danos, através da cláusula penal, mas somente quando tal possibilidade é convencionada expressamente.

Assim, como, *in casu*, não houve previsão contratual de acumulação, a perda das arras em favor da apelante principal não se justifica.

Quanto à cláusula penal, entendo que o percentual de 10% fixado na sentença objurgada realmente não ressarce a promitente vendedora pelos prejuízos causados pela rescisão do contrato.

Como a apelante principal deixou a fixação do percentual ao alvedrio do juízo, entendo que o percentual de 20% do valor do contrato se configura dentro do razoável, já que visa a compensar a promitente vendedora das despesas decorrentes da transação, corretagem etc.

Não ignoro que a legislação brasileira determina que, se a obrigação for cumprida em parte, poderá o juiz reduzir, proporcionalmente, a pena estipulada para o caso de inadimplemento, a concluir-se que a estipulação da cláusula penal deve observar os parâmetros legais, não podendo prevalecer os termos que exceda o razoável, promovendo o enriquecimento ilícito da parte economicamente mais forte.

No entanto, no caso presente, o percentual de 10% é muito baixo, devendo, portanto, ser aumentado para 20%, o que não chega a ultrapassar os parâmetros acima delineados nem o princípio da razoabilidade.

Quanto à indenização pela fruição do imóvel, tenho que a pretensão recursal merece acolhida apenas em parte.

Sustenta a apelante principal ter sido contratualmente previsto que, em caso de rescisão, seria descontado o percentual de 1% do preço atualizado do imóvel por mês que o promitente comprador tivesse usufruído do bem.

O direito à indenização a título de fruição do bem pelo promitente comprador tem sido reconhecido pela jurisprudência pátria com o fim de vedar o enriquecimento sem causa.

A jurisprudência assentou-se no princípio de que a fruição deve ser fixada em 0,6%, seja do valor venal do imóvel, em caso de escritura definitiva, seja do valor atualizado do contrato, em caso de promessa.

Sendo assim, sem sombra de dúvidas, a apelante merece indenização pelo tempo em que foi privada do uso de seu imóvel, do qual, em contrapartida, se beneficiou a apelada durante o período de sua ocupação.

Nesse sentido é a jurisprudência:

> Promessa de compra e venda. Descumprimento de obrigação assumida pelo promitente vendedor. Paralisação do pagamento de prestações mensais. Necessidade de prévia notificação. Mora *ex persona*. Construção realizada no terreno. Acessão industrial. Indenização. Ressarcimento pela fruição do imóvel. Correspondência ao tempo de uso.
> (...)
> 4) Com a rescisão do contrato de promessa de compra e venda e a reintegração da posse do bem ao promitente vendedor, este faz jus a indenização pelo período no qual os promissários compradores permaneceram na posse do imóvel, devendo tal parcela ser calculada de forma proporcional ao tempo de uso (5ª Câmara Civil, Apelação Cível nº 403.231-5, Rel. Juiz Elias Camilo, j. em 19.02.04).

Portanto, cabe-lhe a dedução referente à indenização pela fruição, exigível desde a data da imissão na posse do bem até a sua efetiva desocupação, de modo que a condenação não seja irrisória em face de todo o tempo em que o promissário comprador esteve na sua posse.

Apesar do reconhecimento do direito de indenização pela fruição, tenho que o percentual de 1% ao mês se configura abusivo, porque é cediço, no meio imobiliário, que o valor de uma locação imobiliária edificada não ultrapassa 0,6% do valor do imóvel, isso em regiões nobres da sua localização.

Assim, entendo razoável fixar a indenização no percentual de 0,6% do valor venal do imóvel, por mês de sua ocupação, conforme contratualmente estabelecido.

Sendo assim, há que se abater do valor a ser deduzido à apelada o percentual de 20% do valor do contrato, a título de cláusula penal compensatória e 0,6% ao mês desde a data da imissão na posse do bem em 12.05.97 até a sua efetiva desocupação.

Apelo adesivo.

Insurge-se a apelante adesiva contra a decisão *a quo,* pretendendo a sua reforma para a condenação do réu ao pagamento de multa pelo descumprimento do contrato, em virtude de cobrança de valores indevidos.

O apelo adesivo só deve ser apreciado se tiver por objeto a matéria versada no bojo do recurso principal. Entendo que aquele deve ser contraposto a esse último, porque admiti-lo com pedido amplo implicaria abertura de um prazo complementar para recorrer, isto é, apresentar o mesmo recurso que deveria ter sido apresentado anteriormente.

No caso dos autos, tal contraposição não se verificou, visto que a apelante adesiva pretende a reforma da sentença para condenar a ré ao pagamento de multa por descumprimento do contrato, fundando-se na alegação de que o contrato foi rescindido por culpa da ré, e também para a fixação de índice de correção e de percentual de juros sobre a importância a ser devolvida, o que não é objeto do apelo principal, que foi restrito ao percentual da cláusula penal, do direito de retenção das arras e de pagamento de indenização pela fruição do imóvel.

Nesse sentido, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Indenizatória proposta com litisconsórcio facultativo. O recurso adesivo (*rectius*, recurso subordinado) pressupõe sucumbência recíproca e busca contrapor-se ao recurso principal. Se o recurso principal é manifestado pelo réu condenado ao ressarcimento, não cabe ao autor interpor recurso adesivo impugnando a improcedência da demanda relativamente ao outro réu. O recurso adesivo vincula-se ao principal, em relação de subordinação (CPC, art. 500, III). O recorrente no recurso principal deverá estar como recorrido no recurso adesivo. Recurso especial interposto pelo autor sob a alínea *c*, e não conhecido (STJ - 4ª Turma - REsp nº 27.319/GO (9200233929), Rel. Min. Athos Carneiro, dec. unân., j. em 27.04.93, pub. no *DJU* de 31.05.93, p. 10.672, *in Jurisprudência Informatizada Saraiva* - 16).

Assim, não conheço do recurso adesivo.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, para reconhecer o direito

da apelante principal de compensação de 20% do valor do contrato a título de cláusula penal e 0,6% ao mês, a título de fruição do imóvel, desde a data da imissão na posse do bem até a sua efetiva desocupação da importância a ser devolvida pela apelada, devidamente atualizada com o índice de correção monetária da Corregedoria de Justiça. Após o pagamento, expeça-se mandado de reintegração de posse favorável à ré, conforme seja necessário.

Em virtude da sucumbência recíproca, condeno cada uma das partes ao pagamento de metade das custas, inclusive recursais, e demais despesas do processo. Suspensa a exigibilidade em relação à autora em virtude do que dispõe o art. 12 da Lei 1.060/1950, arcando cada uma das partes com os honorários do seu patrono.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Osmando Almeida* e *Pedro Bernardes*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO PRINCIPAL E NÃO CONHECERAM DO RECURSO ADESIVO.

-:::-

## MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - IPSEMG - MUNICÍPIO - CONVÊNIO - REPASSE DE CONTRIBUIÇÕES - VEDAÇÃO - REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - LEI FEDERAL 9.717/98 - DENEGAÇÃO DA ORDEM

**Ementa: Previdenciário. Regime. Servidor municipal. Lei federal. Regras gerais. Pensão por morte. Impossibilidade de concessão de benefícios advindos de convênios. Repasses de contribuições previdenciárias indevidas ao Ipsemg. Vinculação ao regime geral.**

**- A Lei Federal de caráter geral nº 9.717/98, ao vedar a percepção de benefícios previdenciários advindos de convênios celebrados entre os Municípios e os Estados, suspendeu a validade de todos os acordos anteriormente celebrados, obrigando os servidores públicos municipais, de cujos Municípios não possuíam regime próprio, a imediata vinculação ao Regime Geral de Previdência, tornando, assim, indevidos os repasses das contribuições ao Instituto de Previdência Estadual.**

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.04.438958-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: J.D. da 3ª V. da Faz. da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ipsemg - Apelada: Ana Cândida de Carvalho Reis - Relator: Des. MANUEL SARAMAGO

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 4 de maio de 2006. - *Manuel Saramago* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Manuel Saramago* - Conheço da remessa oficial, bem como do recurso voluntário, presentes os pressupostos de admissibilidade.

No Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias desta Capital, Ana Cândida de Carvalho Reis, na qualidade de viúva de ex-servidor do Município de Bom Sucesso, que teria feito contribuições mensais entre 25.10.62 e 05.10.03, impetrou mandado de segurança em face do Ipsemg - Instituto de Previdência

dos Servidores do Estado de Minas Gerais, visando ao recebimento de pensão por morte.

Após afastar preliminar, a digna Magistrada concedeu a ordem.

Do reexame necessário.

Com efeito, a Lei Estadual nº 9.380/86, através de seu art. 1º, § 2º, estabelecia a possibilidade de os Municípios firmarem convênios com o Ipsemg - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, visando à prestação de benefícios previdenciários e de assistência à saúde aos servidores municipais.

Pelo que, através do Convênio nº 064/92, celebrado entre o Município de Bom Sucesso e o Ipsemg (f. 28/32), os servidores municipais, dentre eles Paulo Teixeira dos Reis, foram, compulsoriamente, inscritos como segurados vinculados ao Instituto de Previdência Estadual.

Ocorre, contudo, que a Lei Federal nº 9.717/98, ao dispor sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos, vedou, através de seu art. 1º, inc. V, o pagamento de benefícios previdenciários estabelecidos por força de convênios ou consórcios entre os Estados ou suas autarquias e os Municípios, *in verbis*:

> Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:
> (...)
> V - cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedado o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios.

Não obstante a proibição legal, o Município de Bom Sucesso permaneceu descontando, até a data do óbito do servidor Paulo Teixeira dos Reis, em 03.10.03, as contribuições previdenciárias, cujos valores continuaram a ser repassados ao Instituto de Previdência Estadual, conforme demonstram os documentos colacionados.

Ora, certo é que, em face da vedação de pagamento de qualquer benefício previdenciário aos servidores municipais, advindos de convênios ou consórcios firmados entre os entes federados, os repasses à autarquia estadual deveriam ter cessado imediatamente.

Quiçá, inexistindo regime próprio do Município, ensejando a vinculação dos seus servidores públicos ao Regime Geral de Previdência Social.

Tal fato não ocorreu.

Isso porque, em exercício de sua competência legislativa suplementar, o Estado de Minas Gerais editou Lei Complementar nº 64/2002, que assim dispôs:

> Art. 86. Fica vedada a celebração de convênio, consórcio ou outra forma de associação para a concessão de benefícios previdenciários entre o Estado, suas autarquias e fundações e municípios.
> (...)
> § 2º. Ficam mantidos os convênios, consórcios ou outras formas de associação para a concessão de benefícios previdenciários entre o Estado, suas autarquias e fundações e os municípios, celebrados até a data da publicação desta Lei Complementar.

Ocorre que, ao garantir a continuidade dos convênios e consórcios celebrados anteriormente à edição da referida Lei Complementar nº 64/2002, possibilitando o pagamento de benefícios advindos de tais acordos, o Estado de Minas Gerais extrapolou sua competência legislativa suplementar, indo além do que regulamentado na Lei nº 9.717/98, que traçou regras gerais, de acordo com o art. 24, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, e, assim, suspendeu as normas estaduais que dispunham contrariamente, de acordo com § 4º do mesmo dispositivo constitucional.

Referentemente, eis a jurisprudência deste Tribunal, *verbis*:

> Mandado de segurança. Convênio de filiação previdenciária. Pagamento de benefícios. Vedação através de norma geral da União. Lei estadual em sentido contrário. Ineficácia. Aplicação do art. 24, inciso XII e §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. - Sendo concorrente a competência dos entes federados em matéria previdenciária, cabe aos Estados apenas suplementar a norma geral editada pela União, mostrando-se ineficaz qualquer comando contrário a esta. Em reexame necessário, reforma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário. (Ap. 1.0000.00.350502-1/000; Rel. Des. Kildare Carvalho; *DJ* de 30.04.04).

> Apelação cível. Previdenciário e constitucional. Direito à pensão por morte de ex-segurado. Aplicação da legislação vigente à época do fato gerador. Competência concorrente. Exorbitância da norma estadual em complementar a norma geral federal. - A Lei 9.717/98, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios da previdência social dos servidores públicos civis e militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, veda, sem qualquer ressalva, o pagamento de benefícios aos segurados mediante convênio entre Estados e Municípios, exorbitando de sua competência complementar a norma estadual que o possibilita. - Não havendo se aperfeiçoado todos os elementos necessários à formação do benefício da pensão por morte, sob a égide do ordenamento anterior à Lei 9717/98, não há que se falar em ato jurídico perfeito e conseqüentemente em direito adquirido, líquido e certo (Ap. 1.0024.03.131715-9/001; Rel. Des. Edilson Fernandes; *DJ* de 12.11.04).

Igual raciocínio tem aplicabilidade à pretensão de fazer aqui valer o Decreto Estadual nº 43.780, de 04.05.04.

Deve-se ressaltar, contudo, que, no caso em exame, não se está suspendendo benefício concedido anteriormente à vedação trazida pela Lei nº 9.717/98, em desrespeito ao direito adquirido, já que, à época do fato gerador do benefício ora em análise, data do óbito do servidor público municipal, em 03.10.03, outro era o regramento normativo, devendo-se a ele se submeter as partes.

Dessa feita, cumpre salientar que todos os repasses efetuados pela Municipalidade ao Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais o foram indevidamente, pelo que não resta alternativa ao autor, senão pleitear seus direitos frente ao INSS - Instituto Nacional da Seguridade Social, devendo a este órgão ser repassados os valores recebidos - repito - de forma indevida pelo Ipsemg.

No mesmo sentido, em caso rigorosamente idêntico, julgamos o Processo nº 1.0313.04.137601-0/001, desta Capital, de que fui Relator, em sessão recente de 16.02.06.

Por fim, anote-se que, embora a sentença tivesse apresentado erro material, uma vez que determinava a inscrição da impetrante e de seu advogado nos quadros do Ipsemg, tal agora, evidentemente, dispensava exame do Julgador.

Com tais considerações, em reexame necessário, reformo a sentença, para denegar a segurança. Dou por prejudicada a apelação.

Custas, na forma da lei.

*A Sr.ª Des.ª Albergaria Costa* - Sr. Presidente, após detida análise dos presentes autos, peço vênia ao Relator para acompanhá-lo nos fundamentos do seu voto.

É como voto

*O Sr. Des. Schalcher Ventura* - De acordo.

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

## EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - NOMEAÇÃO DE BENS - INEFICÁCIA - IMÓVEL RURAL - LOCALIZAÇÃO EM OUTRO ESTADO - PROPRIEDADE DE TERCEIROS - AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO - RECUSA PELO CREDOR

**Ementa: Agravo de instrumento. Execução fiscal. Nomeação à penhora. Recusa do credor. Ineficácia.**

**- Constitui causa de ineficácia da nomeação de bens à penhora a indicação de bem localizado em outro Estado da Federação, de propriedade de terceiro, sem seu consentimento expresso e avaliação atualizada, quando existentes outros bens livres e desembargados a assegurar o pagamento do crédito exeqüendo.**

AGRAVO N° 1.0518.05.084934-9/001 - Comarca de Poços de Caldas - Agravante: Paes Doces Fiorela Ltda. - Agravada: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. EDILSON FERNANDES

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de março de 2006. - *Edilson Fernandes* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Edilson Fernandes* - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de f. 27-TJ, que, nos autos da ação de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra Pães Doces Fiorela Ltda., declarou ineficaz a nomeação à penhora feita pela agravante, determinando a sua intimação para indicar outro bem, sob pena de a constrição recair sobre aqueles indicados pela agravada.

Em suas razões, a agravante sustenta que a ordem de nomeação de bens foi respeitada, pois indicou um imóvel que garante suficientemente a execução, não podendo ser recusado por não se apresentar documentação original. Considera que a constrição porventura recaída sobre insumos lhe priva as atividades empresariais, elegendo forma mais gravosa de se proceder à execução (f. 02/07).

Requer seja reformada a r. decisão para atribuir a eficácia da nomeação à penhora do imóvel ofertado.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

A agravante, citada para a execução fiscal ajuizada pela agravada, nomeou à penhora um imóvel rural, localizado no Estado da Bahia (f. 15-TJ), o qual não foi aceito porque "ausente documentação original" (f. 26-TJ), tendo sido a nomeação declarada ineficaz por desrespeitar o artigo 656 do CPC, como esclarecido pelo MM. Juiz da causa (f. 49-TJ).

De fato, o executado possui o direito de nomear bens à penhora, como medida de privilegiar a forma menos gravosa de se proceder à execução. Contudo, tal convicção não é absoluta e cede ante as peculiaridades do caso concreto, de sorte que não se pode perder de vista que a execução se realizará no interesse do credor (art. 612 do CPC).

A questão há de ser tratada, sobretudo, em favor da garantia do exeqüente à satisfação de seu direito definido e da máxima eficácia da prestação jurisdicional, consubstanciada nos princípios da celeridade, da economia e da efetividade, que orientam o direito processual contemporâneo, de modo a assegurar o pagamento mediante garantia legalmente exigida,

sem afastar, em absoluto, a possibilidade de um meio menos gravoso para o devedor.

No caso em apreço, apresentam-se singularidades que realmente ensejam a ineficácia da nomeação do bem à penhora.

A começar pelo fato de o imóvel nem sequer ser de propriedade da sociedade agravante, não havendo nos autos declaração de seu proprietário, consentindo com a constrição.

Ademais, a avaliação do bem é de outubro de 2000 (f. 19/21-TJ), ou seja, está notoriamente desatualizada, já que a área é ou era coberta apenas por vegetação nativa, o que não permite concluir que o imóvel rural atualmente garante de forma satisfatória a execução fiscal, cujo crédito nem sequer foi mencionado nos autos.

A recusa e a penhora sobre outros bens da agravante, que melhor possam satisfazer a obrigação contida no título, são procedimentos admitidos para satisfação do crédito, não ferindo, por si só, o princípio da realização da execução menos gravosa ao devedor, máxime se houver outros bens, livres e desembargados, localizados na própria sede do juízo, que possam atender, a um só tempo, ao crédito exeqüendo e ao menor sacrifício do devedor.

A finalidade precípua da penhora e de toda a execução forçada é a satisfação do crédito, e o imóvel rural situado em outro Estado-membro não favorece, razoavelmente, a essa finalidade, diante do conjunto de seus princípios e preceitos.

A possibilidade da ocorrência de outra forma constritiva facilita a satisfação do crédito, não onerando a agravante a ponto de impedir o cumprimento das suas obrigações empresariais, mesmo porque ainda não se sabe sobre quais bens irá recair.

Não trazendo a agravante elementos para se aferir a excessiva onerosidade da simples determinação para nova penhora, capaz de comprometer as atividades essenciais da sociedade comercial e não indicando outros bens livres e desembargados na Comarca que possam garantir a execução, não há por que reformar a r. decisão impugnada.

Nego provimento ao recurso.

Custas, pela agravante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *José Domingues Ferreira Esteves* e *Ernane Fidélis*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**PREVIDÊNCIA PRIVADA - ASSOCIADO - EXCLUSÃO - DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÕES - LIMITAÇÃO - CLÁUSULA ABUSIVA - NULIDADE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE**

**Ementa: Ação de restituição de quantia paga. Previdência privada. Devolução integral das contribuições efetivadas pelo associado. Cabimento. Código de Defesa do Consumidor.**

**- Ao solicitar sua exclusão de determinado plano de previdência privada, o associado tem o direito de reaver todas as contribuições por ele quitadas, não se afigurando razoável que, em nome das regras da atuária e do mutualismo, se pretenda impor-lhe o custeio dos benefícios dos demais participantes, sob pena de se permitir o enriquecimento sem causa.**

**- Por desconforme às normas estabelecidas no CDC, notadamente em seu art. 51, é de ser considerada nula a cláusula do regulamento que limita o resgate das contribuições efetivadas pelo**

**associado, reconhecendo-se ao autor o direito de reaver toda a importância por ele adimplida, deduzido o valor já levantado.**

**Apelo não provido.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0049.04.006036-7/001 - Comarca de Baependi - Apelante: Funcef - Fundação dos Economiários Federais - Apelada: Maria Aparecida de Souza Pompeu - Relator: Des. ALBERTO VILAS BOAS

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de maio de 2006. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Alberto Vilas Boas* - Conheço do recurso.

Pretende-se, na essência, seja reconhecida a legitimidade da cláusula contratual que assegura a limitação de resgate das contribuições efetuadas pela autora no fundo de previdência privada gerido pela apelante.

A sentença merece ser confirmada.

Com efeito, a presente avença contratual - não obstante tenha tido seu início em 1977 -, se subsume às normas de ordem pública ditadas pelo Código de Defesa do Consumidor, visto tratar-se de relação de consumo que se protraiu no tempo, perdurando até 2001, quando a autora solicitou sua exclusão do plano de benefícios (f. 11).

Nesse sentido, doutrina Orlando Gomes que:

> outro princípio que sofre alteração frente à ordem pública dirigista é o da intangibilidade dos contratos. Sempre que uma nova lei é editada nesse domínio, o conteúdo dos contratos que atinge tem de se adaptar às suas inovações. Semelhante adaptação verifica-se por força de aplicação imediata das leis desse teor, sustentada com prática necessária à funcionalidade da legislação econômica dirigista. Derroga-se com o princípio da aplicação imediata a regra clássica do direito intertemporal que resguarda os contratos de qualquer intervenção legislativa decorrente de lei posterior à sua conclusão (*Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 59).

Esse também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cuja orientação é:

> no sentido de que, em se tratando de normas de direito econômico, sua incidência é imediata, alcançando, sim, os contratos em curso, notadamente os chamados 'de trato sucessivo' ou de 'execução continuada', em decorrência exatamente do caráter de normas de ordem pública (José Geraldo Brito Filomeno *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 24).

Dúvidas, não há, pois, de que a relação estabelecida entre a apelante e a autora se enquadra no conceito expresso na legislação consumerista - por se tratar de contrato com natureza equivalente a seguro - e:

> este importante serviço oferecido no mercado e a relação contratual resultante da vinculação do consumidor durante anos a determinada empresa de previdência privada estão mencionados expressamente no art. 3º do CDC e, como novos contratos de consumo devem obedecer às novas linhas de eqüidade e boa-fé impostas pelo CDC (...) A interpretação deste contrato deve ser sempre a favor do consumidor (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 426).

A este respeito, o STJ vem consolidando posicionamento e decidindo que:

> aplicam-se os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica existente entre a entidade de previdência privada e seus participantes (REsp 261.793/MG, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, *DJU* de 25.02.02, p. 377 - ementa parcial).

Ponderadas essas premissas, creio que se mostra inviável o acolhimento da súplica recursal, na medida em que a proposta da demandada - retenção de 40% das contribuições efetivadas pela autora - se afigura abusiva, gerando inegável e exagerada desvantagem a este.

Ao solicitar sua exclusão de determinado plano de previdência privada, o associado tem o direito de reaver todas as contribuições por ele adimplidas, não se afigurando razoável que, em nome das regras da atuária e do mutualismo, pretenda-se impor-lhe o custeio dos benefícios dos demais participantes, sob pena de se permitir o enriquecimento sem causa.

A participação pecuniária do associado visa, precipuamente, à complementação de sua futura aposentadoria, devendo, pois, ser-lhe integralmente restituída quando seja desejo deste desligar-se do plano, optando por não mais usufruir de tal benesse.

E nem se diga que a pretensão da apelante encontra respaldo no regulamento estabelecido entre as partes, por ser notório que não houve qualquer possibilidade de livre discussão de suas cláusulas - e, nem mesmo, de livre adesão ao plano -, uma vez que a empregadora impôs, de forma obrigatória, o desconto referente à Funcef a seu funcionário (f. 54).

De igual forma, não há dizer que a retenção pleiteada pela parte se justifica na medida em que os fundos de pensão não podem ser considerados como poupanças individuais. Ora, a autora não está a buscar lucro, mas, apenas, a devolução dos valores pagos atualizados monetariamente, o que, como cediço, não implica qualquer remuneração extra de capital.

Aliás, a se permitir o desiderato da ré, estar-se-ia, sim, possibilitando indevido lucro, visto que as contribuições adimplidas pelo associado - que não se verá contemplado pela benesse contratada - reverteriam a favor do todo, beneficiando e enriquecendo terceiros.

É de se considerar ainda, e por notório, que os fundos de pensão, além da contribuição de seus associados, auferem ganhos expressivos quando da aplicação de seus recursos no mercado financeiro, fato este que lhe possibilita a manutenção de seus planos, não obstante tenham de arcar, integralmente, com eventual resgate de contribuições derivado da exclusão do participante.

Dessarte, entendo que a pretensão recursal não merece acolhida, mesmo porque as regras da atuária e do mutualismo não podem embasar pretensões fulcradas em locupletamento sem causa.

Nesse sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

> Previdência privada complementar. Restituição das importâncias pagas. - O que determina a restituição das importâncias pagas, mesmo antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, é a natureza do contrato de previdência privada complementar, sendo impossível, sob pena de enriquecimento ilícito, impedir o beneficiário demitido da empresa patrocinadora receber os valores que pagou para assegurar uma aposentadoria mais confortável (REsp nº 261.793/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* de 30.04.01, p. 132).

Dessarte, por desconforme às normas estabelecidas no CDC, notadamente em seu art. 51, é de ser considerada nula a cláusula do Replan que limita o resgate das contribuições efetivadas pelo associado, reconhecendo-se ao autor o direito de reaver toda a importância por ele adimplida, deduzido o valor já levantado.

Por conseguinte, não há falar em violação aos dispositivos legais citados pela recorrente em suas razões recursais: arts. 20, V, e 31, VII e

§ 2º, do Decreto nº 81.240/78 e art. 42, V, da Lei nº 6.435/77, art. 202 da CF e Lei Complementar nº 109/01.

E quanto à correção monetária, também não prevalece a argumentação da recorrente no sentido de serem aplicadas as normas estabelecidas no próprio plano e em conformidade com as regras atuariais.

Como cediço, a correção monetária objetiva, apenas, manter o valor real da obrigação, evitando-se seu aviltamento pela inflação e, por conseguinte, devem ser respeitados os parâmetros oficiais, que tendem a satisfazer os direitos de ambos os litigantes.

Assim, a correção dos valores a serem restituídos ao autor deverá se dar de acordo com a tabela editada pela Corregedoria-Geral de Justiça.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Roberto Borges de Oliveira* e *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**PLANO DE SAÚDE - TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR - MEDICAMENTO - NEGATIVA DE COBERTURA - CLÁUSULA ABUSIVA - NULIDADE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DANO MORAL - NÃO-CARACTERIZAÇÃO**

**Ementa: Contrato de plano de saúde. Negativa de cobertura. Codecon. Cláusula abusiva. Renúncia a direito fundamental. Cláusula nula de pleno direito. Custeio do tratamento pelo fornecedor do serviço. Dano moral advindo da negativa de cobertura. Não-caracterização.**

**- Não se pode admitir que a empresa fornecedora de plano de saúde se exima da responsabilidade de fornecer o medicamento ao consumidor, ao argumento de que não se enquadram as despesas realizadas nas condições previstas no instrumento contratual, se a cláusula que fundamenta a negativa é nula de pleno direito, por implicar renúncia ao direito à saúde.**

**- Não é toda situação desagradável e incômoda, aborrecimento ou desgaste emocional que faz surgir, no mundo jurídico, o direito à percepção de ressarcimento por danos morais, não se justificando seja perseguido em situação não abrangida no art. 5º, V e X, da Constituição Federal. Não causa dano a outrem quem utiliza um direito seu.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.580958-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1.0024.05.580958-6/001, da Comarca de Belo Horizonte, sendo apelante João Marcelo Ferreira Soares de Quadros e apelada Unimed BH - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, DAR PARCIAL PROVIMENTO

Presidiu o julgamento o Desembargador Domingos Coelho, e dele participaram os Desembargadores José Flávio de Almeida (Relator), Nilo Lacerda (Revisor) e Alvimar de Ávila (Vogal).

O voto proferido pelo Desembargador Relator foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 11 de janeiro de 2006. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. José Flávio de Almeida* - Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por João Marcelo Ferreira Soares de Quadros contra a sentença de f. 161/165, que julgou improcedente a ação ordinária ajuizada em face de Unimed BH - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.

Incontroversa a contratação do plano de saúde, bem como a recusa de cobertura do tratamento domiciliar por parte da apelada, conforme se vê à f. 43, objeto da insurgência do apelante, que pretende anular a cláusula contratual que veda a cobertura de fornecimento de medicação fora do ambiente hospitalar.

Verifica-se, no contrato padrão de f. 142, que a cláusula nona, letras "p" e "v", veda expressamente a cobertura de "medicamentos e materiais cirúrgicos que não sejam ministrados em internações ou durante atendimentos em urgência e emergência, ficando claro que não será fornecido qualquer medicamento para tratamento domiciliar", e "consultas e atendimentos domiciliares, mesmo em caráter de emergência ou urgência".

Cuida-se de típico contrato de adesão, cujas cláusulas devem estar de acordo com o previsto no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à espécie, pois os contratantes se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor dos arts. 2º e 3º.

É sabido que, nos contratos de adesão, em que as cláusulas genéricas são preestabelecidas e não podem ser discutidas, modificadas ou recusadas pelo contratante, o negócio jurídico deve ser interpretado de acordo com a intenção das partes, mas sem perder de vista a necessidade de equilíbrio, boa-fé objetiva e justiça contratual, para que os interesses de uma delas não se sobreponham aos da outra de forma lesiva ou excessiva.

Também não pode ser esquecido que o objeto do contrato é a saúde, bem de extrema relevância à vida e à dignidade humana, assegurado constitucionalmente como direito fundamental do homem.

Ora, quando alguém contrata com uma prestadora de serviços de saúde, tem a expectativa de que, caso precise, terá a assistência necessária para o tratamento indicado pelo médico.

> A prestação de serviços relativos à saúde não pode ser examinada ou disciplinada sem que se ponha em relevo a dignidade da pessoa humana, de modo a assegurar a mais ampla preservação de sua integridade física e psíquica. Não é por outra razão que o legislador pátrio erigiu princípios e criou regras visando a proteção da saúde do cidadão pelo Estado, bem como de seus direitos enquanto consumidores.
> Por isso mesmo, a assistência à saúde privada é matéria que não pode ser analisada de forma simplista e sem o devido comprometimento com os princípios gerais de direito.
> (...) Sendo assim, é indispensável que, na elaboração de qualquer norma relativa ao serviço de saúde, os operadores e os intérpretes do direito, ao tratar dos conflitos, busquem o conhecimento das normas dispostas nesses textos, a fim de serem observadas as regras básicas, como o respeito ao princípio da legalidade estabelecido na Constituição Federal, e os princípios dispostos no Código de Defesa do Consumidor.
> Aliás, este Diploma, por seu caráter principiológico e regulador das relações de consumo - já veio regulamentar o art. 5º, inc. XXXII, e o art. 170, inc. V, da Constituição Federal -, tem manifestamente natureza de lei complementar e, por isso, não pode, sob qualquer falso argumento, ignorá-lo ao se criarem ou interpretarem as normas sobre o tema prestação de serviços à saúde.
> (...)

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor estabelece como princípio norteador de todo o sistema de proteção ao consumidor "a vulnerabilidade do consumidor

no mercado de consumo" (art. 4º, I). E, ao tratar de seus direitos básicos, exige a informação; a efetiva prevenção e reparação de danos; a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com inversão do ônus da prova" (Andrea Lazzarini e Flávia Lefèvre, *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*, Biblioteca de Direito do Consumidor - 13, São Paulo: RT, 1999, p. 101-102).

No caso, em razão de acidente automobilístico, o apelante sofreu lesão medular e fratura das vértebras T6 e T7, com paraplegia, necessitando de medicação intravenosa, pelo que deu entrada no Hospital Instituto Materno Infantil de Minas Gerais S.A. em 1º.06.04, conforme boletim de admissão de f. 25.

O médico responsável por seu atendimento, Dr. Fábio Santana Carvalho, verificando que o paciente necessitava de tratamento durante 30 dias, recomendou a internação domiciliar completa, prescrevendo medicação, f. 27 e 40.

Houve a solicitação do medicamento à apelada, f. 41/42, e a recusa, à f.43.

A vedação ao fornecimento de medicação em domicílio fere o equilíbrio contratual, pois não é razoável obrigar o paciente a ficar internado no hospital somente para que faça jus ao medicamento prescrito.

A apelada alega que, "se as internações como esta fossem uma constante, não sobrariam médicos e enfermeiros para atendimentos nos hospitais, já que todos deveriam estar nas ruas, atendendo aos pacientes 'caseiros'".

Ora, entendo que a apelada se apega a situações extremas para defender a recusa de cobertura. No caso, o apelante pretende somente o fornecimento da medicação, e não há sequer prova de necessidade de acompanhamento pessoal de médico ou enfermeiro para a aplicação do medicamento.

No pedido de letra *e*, f. 17, o apelante busca a nulidade da cláusula "proibitiva da liberação de medicação fora do ambiente hospitalar".

*Data venia*, a negativa de cobertura ao fornecimento da medicação prescrita ao apelante significa negar o próprio tratamento ao paciente que se achava garantido pelo plano de saúde, revelando-se abusiva e prejudicial ao consumidor, que, assim, faz jus ao tratamento integral da enfermidade que o agride.

> Indenização. Prestação de serviços médicos, odontológicos e assistenciais. Renúncia a direito fundamental. Cláusula nula de pleno direito. Possibilidade de remoção do paciente. Ausência de prova. Improcedência do apelo.
> *- Não se pode admitir que a empresa prestadora de serviços médicos, odontológicos e assistenciais se exima da responsabilidade de pagar o tratamento médico-hospitalar do segundo apelado, ao argumento de que não se enquadram as despesas realizadas nas condições previstas no instrumento contratual, se a cláusula que fundamenta a negativa é nula de pleno direito, por implicar renúncia ao direito à saúde.*
> - Não tendo a parte ré logrado produzir prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor (CPC, art. 333, II), cumpre ao julgador decidir com os elementos constantes dos autos, não sendo lícito dilatar o prazo para se produzir tal prova, para a fase de liquidação de sentença, que não se presta para possibilitar realização de prova não produzida no momento processual oportuno (TAMG, 3ª Câmara Cível, AC 0334937-3, Rel.ª Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto, *DJ* de 30.05.01, unânime) (destaquei).

Por outro lado, não é preciso ser profissional da área de saúde para saber que a intimidade e o aconchego do lar são favoráveis à recuperação do enfermo, que ali recebe os cuidados e o carinho dos familiares, ao contrário do tratamento hospitalar, que não raro reflete no ânimo dos internados, acarretando, inclusive, quadros depressivos.

Além disso, a manutenção do apelante por trinta dias no hospital seria mais dispendiosa para a apelada, pois há procedimentos hospitalares de rotina que pesariam na conta final.

Outrossim, é medida de conveniência a desocupação de leitos hospitalares por pacientes

que não necessitem de internação, disponibilizando-os a outros pacientes que necessitem de tratamento em ambiente hospitalar.

Em contratos como o examinado, prepondera o princípio da boa-fé, art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer registra:

> Ainda podemos ponderar que há desvirtuamento da natureza do contrato quando uma só das partes limita o risco, que é assumido integralmente pela outra. Enquanto os contratantes assumem integralmente o risco de eventualmente pagarem a vida inteira o plano e jamais se beneficiarem dele, a operadora apenas assume o risco de arcar com os custos de tratamento de determinadas doenças, normalmente de mais simples (e, conseqüentemente, baratas) solução. Portanto, restringir por demais, a favor do fornecedor, o risco envolvido no contrato implicaria contrariar a própria natureza aleatória do mesmo, infringindo, assim, as normas do inc. IV e § 1º do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (*Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde.* São Paulo: RT, p. 81).

Assim, declaro abusiva a cláusula que veda a cobertura de fornecimento da medicação utilizada pelo apelante, nos termos do art. 51, IV, CDC, condenando a apelada ao ressarcimento da quantia de R$ 7.245,06, conforme recibos de f. 45/48.

*Data venia*, a negativa de cobertura, por si só, não enseja danos morais ao apelante.

Em que pese a reconhecida abusividade da cláusula contratual, não há configuração de ato ilícito, requisito para concessão do dano moral.

O dano moral é todo sofrimento humano resultante da lesão de direitos da personalidade. Seu conteúdo é a dor, a emoção, a vergonha, em geral uma forte e dolorosa sensação experimentada pela pessoa. A simples sensação de desconforto, de aborrecimento, não constitui dano moral passível de indenização civil.

No caso, a apelada tem o direito de discutir as cláusulas contratuais, sendo que entende ser direito seu a negativa de cobertura, justificando-se com base no contrato. Trata-se de exercício normal de direito, inexistindo ilícito civil ensejador de danos morais.

Não é toda situação desagradável e incômoda, aborrecimento ou desgaste emocional que faz surgir, no mundo jurídico, o direito à percepção de ressarcimento por danos morais, não se justificando seja perseguido em situação não abrangida no art. 5º, V e X, da Constituição Federal.

O extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais decidiu:

> Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais com pleito de revisão contratual, restituição em dobro dos valores indevidamente pagos c/c pedido de indenização por danos morais e concessão de antecipação de tutela. Cartão de crédito. Juros. CF, art. 192, § 3º. Danos morais. Prática de ato ilícito não configurado.
> - A regra do art. 192, § 3º, da Constituição em vigor somente poderá ter aplicação depois de promulgada lei complementar regulando o Sistema Financeiro Nacional.
> - Não constituem atos ilícitos aqueles decorrentes do exercício normal de um direito. É a aplicação do velho brocardo romano, segundo o qual *neminem laedit qui suo jure utitur*, isto é, *não causa dano a outrem quem utiliza um direito seu* (6ª Câmara Cível, AC 392.742-4, Rel.ª Juíza Beatriz Pinheiro Caires, j. em 15.05.03).

Diante do exposto, com base nos arts. 93, IX, da Constituição Federal e 131 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, em parte, para declarar nula a cláusula que veda o fornecimento de medicamento ao apelante em ambiente domiciliar e condeno a apelada ao pagamento de R$ 7.245,06.

Condeno a apelada ao pagamento de honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação ao apelante, que deverá arcar, a esse título, com o pagamento de R$ 1.100,00,

nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, autorizada a compensação, em conformidade com o art. 21 do Código de Processo Civil e com a Súmula 306 do STJ.

Custas processuais e recursais meio a meio, ficando suspensa a exigibilidade em relação ao apelante, mediante a condição prevista no art. 12 da Lei 1.060/50.

-:::-

**INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ASSALTO A MÃO ARMADA - ESTACIONAMENTO - *SHOPPING CENTER* - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - SERVIÇO DEFEITUOSO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - MULTA - AUSÊNCIA DE REQUISITOS**

**Ementa: Ação de indenização. Responsabilidade. Assalto iniciado em estacionamento de *shopping*. CDC. Aplicabilidade. Dano moral. Termo inicial de correção monetária. Embargos de declaração. Multa.**

**- Responde o *shopping center* réu, objetivamente, nos termos do CDC, pelo serviço prestado de maneira defeituosa, visto que não se incumbiu de zelar e tomar as providências necessárias à segurança do serviço colocado no mercado de consumo, deixando que sua cliente fosse abordada por assaltante armado em seu estacionamento.**

**- No que diz respeito à data inicial de incidência da correção monetária, o Superior Tribunal de Justiça, nos casos de dano moral, entende ser ela devida desde a data em que foi arbitrado o valor da indenização.**

**- Não evidenciado o intento manifestamente protelatório dos embargos de declaração, é de cancelar-se a multa imposta com fulcro no art. 538, parágrafo único, do CPC.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.00.058783-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Condomínio Shopping Del Rey - Apelada: Luciana Silva de Souza - Relator: Des. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de abril de 2006. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Produziu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Ricardo Giorni Abjaude.

*O Sr. Des. Eduardo Mariné da Cunha* - Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Inicialmente, cumpre salientar a aplicabilidade, *in casu*, das disposições constantes no Código de Defesa do Consumidor, mormente no que concerne à responsabilidade do réu - *shopping center* - pelo suposto roubo sofrido pela autora, que se teria iniciado no estacionamento localizado em suas dependências.

Afinal, induvidosa é a existência de relação de consumo entre a partes, visto que o réu desenvolve atividade de venda de produtos e prestação de serviços, que, justamente por se aglomerarem em local único, de cômodo acesso, confortável e seguro, atrai um sem-número de consumidores.

Especificamente sobre essa espécie de empreendimento, Ives Gandra da Silva Martins assevera:

> Os *shopping centers* são a natural conseqüência do crescimento das cidades e da também crescente necessidade de o comércio, em economia de mercado e competitividade, unir-se ao lazer. Realidade pertinente à mercancia moderna, objetiva ofertar ao usuário horas de satisfação, assim como de compras, em que as alternativas que lhe são apresentadas terminam por lhe propiciar o usufruto de umas, de outras, ou de ambas (*in A natureza jurídica das locações comerciais dos shopping centers - Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência* - Coordenação: Roberto Wilson Renault Pinto e Fernando Albino de Oliveira, Saraiva, 1991, p. 79).

Fábio Ulhoa Coelho define:

> De fato, o empreendimento denominado *shopping center* é mais complexo. Além da construção do prédio, propriamente dita, o empresário deve organizar os gêneros de atividade econômica que nele se instalarão. A idéia básica do negócio é pôr à disposição dos consumidores, em um local único, de cômodo acesso e seguro, a mais variada sorte de produtos e serviços. Assim, as locações devem ser planejadas, atendendo às múltiplas necessidades do consumidor. Geralmente, não podem faltar em um *shopping center* certos tipos de serviços (correios, bancos, cinemas, lazer, etc.) ou comércios (restaurantes, lanchonetes, papelarias, etc.), mesmo que a principal atividade comercial seja estritamente definida (utilidades domésticas, moda, material de construção, etc.), pois o objetivo do empreendimento volta-se a atender muitas das necessidades do consumidor. É esta concentração variada de fornecedores que acaba por atrair maiores contingentes de consumidores, redundando em benefício para todos os negociantes (*in Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*, Coordenação: Juarez de Oliveira, Saraiva, 1992, p. 336-337).

Assim, evidente que a responsabilidade do réu deve ser analisada conforme o art. 14 da Lei 8.078/90, que dispõe:

> O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação do serviço, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Sobre o tema, leciona Ada Pellegrini Grinover *et alii*, no *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 93:

> O art. 14 disciplina a responsabilidade por danos causados aos consumidores em razão da prestação de serviços defeituosos, em exata correspondência com o disposto no art. 12. *Mutatis mutandis*, valem as considerações já feitas no sentido de que a responsabilidade se aperfeiçoa mediante o concurso de três pressupostos: a) defeito do serviço; b) evento danoso; e c) relação de causalidade entre o defeito do serviço e o dano. Dentre os acidentes de consumo mais freqüentes nesta sede, podemos arrolar: defeito nos serviços relativos a veículos automotores, defeitos nos serviços de guarda de estacionamento de veículos, defeito nos serviços de hotelaria, defeitos nos serviços de comunicação e transmissão de energia elétrica.

Como bem esposado na r. sentença hostilizada, patente nos autos o alegado vício, uma vez que a autora logrou êxito em demonstrar que o delito descrito na inicial se iniciou nas dependências do requerido, em virtude de falha na segurança do estabelecimento comercial, que possibilitou a entrada de terceiro no *shopping*, de posse de uma arma de fogo.

O boletim de ocorrência juntado à f. 12 narra que, em 20.04.2000, por volta das 19h30m, no estacionamento do *shopping center* réu, a autora

> foi abordada por um elemento, moreno claro, aparentando ter entre 25 e 30 anos, estatura mediana, magro, trajando calça jeans e camisa branca, que a forçou entrar no carro e, tomando a direção, saiu do estacionamento, se dirigindo ao Bairro Alípio de Melo, quando em um caixa eletrônico do Bradesco a obrigou a sacar de sua conta R$ 260,00 (duzentos e sessenta reais); logo após, de

> posse de outro cartão do Banco Real, ele rodou por algum tempo até achar na Av. Pedro II um Banco Real e sacou obrigando a vítima a mais R$ 500,00 (quinhentos reais); ato contínuo rodou a esmo por mais algum tempo e, já próximo à PUC, parou o carro e da vítima ainda levou o aparelho celular de Marca Nokia 6120, e seu relógio; ato contínuo andou mais um pouco e abandonou a vítima próximo ao Anel Rodoviário, evadindo em direção ao Bairro Cabana.

Os extratos anexados aos autos às f. 14 e 15, referentes, respectivamente, às contas correntes da autora nos Bancos Bradesco e Real, confirmam os aludidos saques, efetuados no fatídico dia 20.04.2000.

Da mesma forma, a prova pericial de f. 111-120, realizada na fita de vídeo do circuito interno de segurança do *shopping*, afirma ter o veículo da requerente saído do estacionamento réu, com duas pessoas no banco da frente, sendo o motorista um homem trajando camisa branca, o qual, no momento da saída do automóvel, escondeu seu rosto.

Destarte, entendo ter restado comprovado que a autora foi abordada por assaltante armado, dentro das dependências do réu, que, em virtude de sua falha na segurança, deve responder civilmente pelos danos causados à primeira.

Em situações similares já decidiu esta Corte e o STJ:

> Indenização. Danos materiais e morais. Responsabilidade civil. Roubo. *Shopping center*. Boletim de ocorrência. Suficiência. *Quantum* indenizatório.
> - Os *shopping centers* têm obrigação de assegurar segurança e proteção aos usuários, pois constituem centros de compras com esse diferencial.
> - O boletim de ocorrência goza de presunção de veracidade, incumbindo à parte contrária produzir provas em sentido contrário.
> - O roubo no interior de *shopping center* gera danos morais indenizáveis, dados o desconforto e os transtornos suportados pela vítima. (...) (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.497371-7/000, Relatora Des.ª Evangelina Castilho Duarte, 23.09.2005).

> Responsabilidade civil. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Assalto a mão armada iniciado dentro de estacionamento coberto de hipermercado. Tentativa de estupro. Morte da vítima ocorrida fora do estabelecimento, em ato contínuo. Relação de consumo. Fato do serviço. Força maior. Hipermercado e *shopping center*. Prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor. Atividade inerente ao negócio. Excludente afastada. Danos materiais. Julgamento além do pedido. Danos morais. Valor razoável. Fixação em salários mínimos. Inadmissibilidade. Morte da genitora. Filhos. Termo final da pensão por danos materiais. Vinte e quatro anos.
> - A prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial desenvolvida pelo hipermercado e pelo *shopping center*, porquanto a principal diferença existente entre estes estabelecimentos e os centros comerciais tradicionais reside justamente na criação de um ambiente seguro para a realização de compras e afins, capaz de induzir e conduzir o consumidor a tais praças privilegiadas, de forma a incrementar o volume de vendas.
> - Por ser a prestação de segurança e o risco ínsitos à atividade dos hipermercados e *shoppings certers*, a responsabilidade civil desses por danos causados aos bens ou à integridade física do consumidor não admite a excludente de força maior derivada de assalto a mão armada ou qualquer outro meio irresistível de violência. (...) (STJ - REsp 419059/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. em 19.10.2004).

Assim, demonstrada a responsabilidade do apelante, objetivamente, pelo serviço prestado de maneira defeituosa, já que não se incumbiu de zelar e tomar as providências necessárias à segurança do serviço colocado no mercado de consumo, deixando que sua cliente fosse abordada por assaltante armado em seu estacionamento, passo ao exame das verbas fixadas na sentença.

Com efeito, a reparabilidade ou ressarcibilidade do dano moral 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.

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 (cf. Aguiar Dias, *A reparação civil*, tomo II, p. 737).

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... (aut. cit., *Instituições de direito civil*, vol II, Forense, 7. ed., 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).

*In casu*, evidente o dano moral sofrido pela autora, que se dirigiu ao estabelecimento réu acreditando se tratar de local seguro, sendo surpreendida em seu estacionamento, por meliante armado, que a obrigou a sacar dinheiro de suas contas correntes, apropriando-se, ainda, de seu celular.

No que diz respeito, especificamente, ao *quantum* indenizatório, este Tribunal, a exemplo de várias outras Cortes brasileiras, tem primado pela razoabilidade na fixação dos valores das indenizações. É preciso ter sempre em mente que a indenização por danos morais deve alcançar valor tal que sirva de exemplo para o réu, sendo ineficaz, para tal fim, o arbitramento de quantia excessivamente baixa, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para a autora, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida.

Assim, considerando que o dano moral sofrido no caso em tela foi de considerável monta, uma vez que a autora permaneceu, por algumas horas, à mercê de assaltante armado, o qual, por negligência na segurança do réu, adentrou em suas dependências portando arma de fogo.

Dessarte, entendo ser correta e razoável, para reparar o prejuízo moral sofrido pela requerente, a quantia de R$ 6.000,00 (cerca de 20 salários mínimos atuais) fixada na sentença.

Relativamente ao valor dos danos materiais, não há irresignação do apelante, que não os questionou, seja em sua contestação ou nas razões recursais.

De outro lado, no que diz respeito à data inicial de incidência da correção monetária, o Superior Tribunal de Justiça, nos casos de dano moral, entende ser ela devida desde a data em que foi arbitrado o valor da indenização.

A propósito:

> Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Acidente de trânsito. (...) Correção monetária incidente sobre indenização a título de dano moral. Termo *a quo*. Da data da fixação do *quantum*. (...) Nas indenizações por dano moral, o termo *a quo* para a incidência da correção monetária é a data em que foi arbitrado o valor, não se aplicando a Súmula 43/STJ (STJ - REsp 657026/SE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. em 21.09.2004).

> Responsabilidade civil. Inscrição indevida de correntista em cadastro de inadimplentes. Dano moral. *Quantum* indenizatório. Juros de mora e correção monetária. Termo inicial. - O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal *a quo* não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para rever o *quantum* indenizatório. A 'correção monetária em casos de responsabilidade civil tem o seu termo inicial na data do evento danoso. Todavia, em se tratando de dano moral, o termo inicial é, logicamente, a data em que o valor foi fixado'

> (REsp nº 66.647/SP, relatado pelo eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 03.02.1997). Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido (STJ - REsp 625339/MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª Turma, j. em 1º.06.2004).

Assim, o valor da indenização por danos morais arbitrado na sentença deve ser atualizado desde a publicação daquela, e não a partir do evento danoso.

No que tange à multa fixada na decisão de f. 141-142, que considerou procrastinatórios os embargos de declaração aviados pelo ora apelante, também merece prosperar a irresignação recursal.

É que não vejo motivo para a imposição da penalidade assinalada, não tendo o recurso de f. 137-139, a nosso aviso, o caráter protelatório condenado pelo art. 538, parágrafo único, do CPC. Tanto que a argumentação nele esposada, no sentido de existência de dupla correção monetária, foi reafirmada nas razões de apelo e acolhida por este tribunal, considerando-se atualizado desde a sentença o montante indenizatório por danos morais.

A propósito, trago à colação: "Não evidenciado o intento manifestamente protelatório dos embargos de declaração, é de cancelar-se a multa imposta com fulcro no art. 538, parágrafo único, do CPC" (*RSTJ* 128/355).

Logo, deve ser excluída a multa aplicada em sede de embargos declaratórios.

De resto, no que concerne à condenação do réu como litigante de má-fé, cumpre registrar que tal instituto consolida em "deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei"; "alterar a verdade dos fatos"; "usar do processo para conseguir objetivo ilegal"; "opor resistência injustificada ao andamento do processo"; "proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo"; "provocar incidentes manifestamente infundados"; ou, ainda, "interpor recurso com intuito manifestamente protelatório", consoante preconizam os incisos I a VII do artigo 17 do Código de Processo Civil.

Entretanto, a propósito do tema, adota-se o princípio de que o dolo e a culpa não se presumem, sendo necessário à sua fixação que se manifestem, de modo claro e evidente, além da imprescindibilidade de que sejam localizados nos debates, e não nos fundamentos jurídicos expostos no processo.

Nesse sentido, a lição do mestre Celso Agrícola Barbi:

> A idéia comum de conduta de má-fé supõe um elemento subjetivo, a intenção malévola. Essa idéia é, em princípio, adotada pelo direito processual, de modo que só se pune a conduta lesiva quando inspirada na intenção de prejudicar (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. I, p. 83).

No caso *sub judice*, não se subtrai dos autos nenhuma das hipóteses previstas no ordenamento jurídico em vigor, sendo certo que as alegações do réu se enquadram no regular exercício do direito de defesa de seus interesses, que considera legítimos, inexistindo qualquer ato que atente à dignidade da Justiça.

Com tais razões de decidir, dou parcial provimento à apelação para determinar a incidência de correção monetária sobre o montante indenizatório moral apenas a partir da publicação da sentença e excluir a multa aplicada em sede de embargos declaratórios.

Custas recursais, pelo apelante, tendo em vista que a apelada decaiu de parte mínima de seu pedido.

*O Sr. Des. Irmar Ferreira Campos* - De acordo.

*O Sr. Des. Luciano Pinto* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:::-

**AÇÃO DE COBRANÇA - TRANSPORTE DE PASSAGEIROS - ÔNIBUS - IRREGULARIDADE - APREENSÃO PELA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL - TRANSBORDO - REQUISIÇÃO - EMPRESA AUTORIZADA - PAGAMENTO - ART. 85, § 1º, DO DECRETO 2.521/98 - ILEGITIMIDADE ATIVA - NÃO-OCORRÊNCIA**

**Ementa: Ação de cobrança. Preliminar. Ilegitimidade ativa. Ônibus apreendido pela Polícia Rodoviária. Requisição de veículo de outra empresa para continuar o transporte. Pagamento pelos serviços prestados. Ônus da empresa infratora.**

**- A verificação da legitimidade para a causa recai sobre a existência de uma relação jurídica que vincule as partes litigantes, decorrendo desse liame direitos e obrigações. A questão de ser ou não devida a indenização é matéria de mérito.**

**- Se determinado veículo, contratado para realizar transporte de passageiros, é apreendido no decorrer da viagem, por apresentar irregularidades, a continuação do itinerário deverá ser realizada por ônibus de empresa que tenha permissão ou autorização do Poder Público, requisitado pelo órgão fiscalizador. O custo do referido transporte ficará a cargo da empresa que teve o veículo apreendido, nos termos do artigo 85, § 1º, do Decreto 2.521/98.**

**- A questão relativa ao art. 270, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro não pode ser oposta à transportadora requisitada, mas sim ao Poder Público.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.03.925502-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Centauro Transporte de Passageiros Ltda. - Apelada: Empresa Gontijo de Transportes Ltda. - Relatora: Des.ª HELOÍSA COMBAT

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2006. - *Heloísa Combat* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Sr.ª Des.ª Heloísa Combat* - Conheço do recurso, presentes os seus pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Trata-se de apelação cível interposta pela Centauro Transporte de Passageiros Ltda. contra a r. sentença da douta Juíza Auxiliar em Cooperação na 5ª Vara Cível desta Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedentes os pedidos da Empresa Gontijo de Transportes Ltda., condenando a apelante ao pagamento de R$1.154,64, como contraprestação por serviços de transporte requisitados pela autoridade rodoviária em vista da apreensão do veículo de sua propriedade.

I - Questão preliminar: ilegitimidade ativa.

A apelante aventa preliminar de ilegitimidade ativa, dizendo que a Empresa Gontijo, não obstante tenha continuado o transporte dos passageiros, não comprovou estar autorizada para realizar esse serviço, como permissionária do serviço público.

A recorrente traz aos autos alegação estranha à solução da controvérsia. O fato de estar ou não a empresa prestadora dos serviços autorizada a realizar o transporte, na qualidade de permissionária, é questão a ser resolvida pela Administração Pública, a quem compete essa espécie de fiscalização. Não tem pertinência, contudo, para o caso dos autos,

uma vez que o liame jurídico que embasa o dever de ressarcir diz respeito à efetiva prestação de serviços.

A aferição da legitimidade não se confunde com o cabimento da cobrança, questão de mérito. Ao autor da ação incumbe apontar a prestação a que entende fazer jus e quem entende estar obrigada a realizá-la, expondo os motivos para se estabelecer esse nexo de causalidade. Estando, em tese, configurada uma relação jurídica entre as partes, relacionada com o objeto da ação, a legitimação se verifica.

Acerca da matéria, com propriedade leciona Cândido Rangel Dinamarco:

> Legitimidade *ad causam* é a qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. (...) Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa (*Instituições de Direito Processual.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 2, p. 306).

Destarte, recai a verificação da legitimidade para a causa sobre a existência de uma relação jurídica que vincule as partes litigantes, decorrendo desse liame direitos e obrigações. Essa condição se encontra nitidamente presente no caso, pois a autora efetivamente realizou o transporte dos passageiros, assumindo a responsabilidade que, a princípio, incumbiria à ré, por requisição da autoridade competente.

Com esses fundamentos, rejeito a preliminar aventada.

II - Mérito.

No mérito, argumenta a recorrente que descaberia a requisição dos serviços da autora, pois a questão poderia ter sido resolvida no local, dando-se continuidade à viagem, normalmente.

Aduz que, tendo sido irregular a ação dos agentes da Polícia Rodoviária Federal, descabe qualquer restituição.

Extrai-se dos autos que, ao realizar viagem, de São Paulo para esta Capital, a apelante, Centauro Transporte de Passageiros Ltda., teve veículo de sua propriedade apreendido pela Polícia Rodoviária Federal, por descumprimento das exigências de que trata o Decreto 2.521/98, realizando viagem interestadual sem o necessário certificado de registro cadastral e o comprovante do seguro de responsabilidade civil.

Por conseguinte, para dar continuidade ao transporte dos passageiros que se encontravam no interior do veículo apreendido, o Departamento de Polícia Rodoviária Federal requisitou veículo pertencente à Empresa Gontijo de Transporte (f. 06).

A Empresa Gontijo concretizou a viagem, conforme se verifica do documento acostado à f. 11, os serviços prestados foram devidamente discriminados, assim especificados: “Origem: Vargem. Destino: Belo Horizonte. Coeficiente: 0066589. Km - 510. Valor: R$ 33,96, Nº de passageiros: 34, Valor: R$ 1.154,64”.

Nessas circunstâncias - apreensão de veículo que realiza transporte de passageiros por apresentar eventuais irregularidades -, cabe ao transportador, que se encontrava em situação considerada ilegal, arcar com os custos da continuação da viagem.

Nesse sentido, o artigo 85, § 1º, do Decreto 2.521/98, que trata da penalidade de apreensão do veículo, estabelece:

> A continuação da viagem somente se dará com ônibus de permissionária ou autorizatária de serviços disciplinados por este Decreto, requisitado pela fiscalização, cabendo ao infrator o pagamento das despesas desse transporte, tomando-se por base o coeficiente tarifário vigente para os serviços regulares e a distância percorrida por passageiro transportado.

Na espécie, inexistem dúvidas de que a apelada realizou o transporte das pessoas que

se encontravam a bordo do veículo apreendido, fato que, inclusive, não foi negado pela ré.

Portanto, tendo o veículo da recorrente sido apreendido pelo órgão policial, é ela responsável pelo pagamento das despesas relativas à continuação do transporte dos passageiros que haviam contratado os seus serviços.

O dever da infratora de pagar a empresa que realizou o transporte de seus passageiros, em razão de apreensão do veículo contratado, foi reconhecido em diversas oportunidades neste Tribunal de Justiça, sendo pertinente colacionar alguns julgados:

> Apelação cível. Ação de cobrança. Apreensão de ônibus. Requisição para continuidade do transporte. Despesas. - Cabe à empresa de transporte infratora ressarcir a empresa concessionária do serviço público que foi requisitada pela autoridade competente a dar continuidade ao transporte dos passageiros, pelas despesas geradas, já que deu causa a elas e porque assim dispõe o art. 85, §1º, do Decreto 2.521/98 (Apelação Cível nº 490.435-8 - 11ª Câmara Cível - Rel.ª Des.ª Albergaria Costa - j. 06.04.05).

> Cobrança. Transporte rodoviário de passageiros. Ônibus clandestino. Apreensão. Requisição. Custo do transporte. Ressarcimento. - A empresa de transporte rodoviário de passageiros, autorizada a executá-lo, quando requisitada pela autoridade competente a completar viagem de ônibus apreendido por transporte irregular, tem ação de cobrança contra a transportadora (ou transportador) infratora, para se ver ressarcida dos custos do transporte executado (Apelação Cível nº 2.0000.00.494646-7/000 - 12ª Câmara Cível - Rel. Des. José Flávio de Almeida - j. em 18.01.06).

De fato, referidos passageiros celebraram contrato de transporte com a apelante, que, por sua vez, assumiu a obrigação de conduzi-los ao destino previamente pactuado de maneira incólume.

Assim, se a continuação da viagem no veículo inicialmente contratado se tornou inviável, em decorrência da apreensão, pela autoridade policial, sendo necessária a requisição de ônibus de outra empresa, no caso, a apelada, para finalizar o serviço contratado, cabe à requerida arcar com as despesas relativas à contratação de outra empresa de transporte.

Não há razão lógica para que se penalizem os passageiros, que se encontravam no ônibus, com o objetivo de chegar a determinado local. Ao contrário, as disposições legais e regulamentos pertinentes devem-se voltar para a proteção dos direitos do consumidor, conferindo efetividade ao disposto no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal.

Ressalte-se que, embora a recorrente tenha alegado a ilicitude da conduta do Departamento de Polícia Rodoviária, não comprovou que os fatos e irregularidades que lhe foram imputados eram inverídicos.

Se regular ou não a apreensão do automotor, é questão estranha à presente lide, devendo ser tratada perante o órgão público que realizou o ato administrativo.

Insiste a apelante em demonstrar que poderia ter sanado a irregularidade, dando continuidade à viagem, contudo, não se desincumbiu do ônus de demonstrar como, no meio da estrada, poderia ser providenciada a regularização da situação.

Considere-se que, de acordo com o depoimento testemunhal de um dos passageiros, todos foram mantidos no local por aproximadamente três horas, sendo que durante esse período não foi obtida a liberação do veículo.

Ademais, ainda que restasse provada a ilicitude da conduta do órgão policial, esse fato não seria suficiente para afastar o direito da apelante de receber pelos serviços que prestou, cabendo à requerida pleitear a restituição dos valores que despendeu à União, através de outra ação, na qual seria apurada a existência ou não das referidas irregularidades.

Caso insista a apelante na ilegalidade do ato de apreensão, deve voltar-se contra quem de direito.

A discussão travada nos presentes autos cinge-se ao direito da autora, que complementou o transporte iniciado pela ré, de receber pelo serviço prestado, pretensão essa que se encontra devidamente amparada nos elementos de fato e de direito dos autos.

Nesse sentido, deve ser considerado que o enriquecimento sem causa é vedado pelo ordenamento jurídico, conforme consta no art. 884 do CC/2002, sendo dever do beneficiado ressarcir a parte às custas de quem se beneficiou. Ora, se o contrato de prestação de serviços foi firmado com a apelante, a ela incumbiria o dever de cumprir o contratado, deixando os passageiros no destino combinado. Se outro assumiu esse dever, devido ao descumprimento de normas administrativas, cumpre receber a respectiva contraprestação.

Note-se que, segundo o depoimento testemunhal de f. 76/77, a demandada teria, através de seu preposto, chegado a oferecer aos passageiros o custeio de despesas com hotel, onde poderiam hospedar-se até que a questão fosse resolvida; contudo, os consumidores não aceitaram essa proposta. Vê-se, assim, que, de qualquer forma, a empresa teria que arcar com os prejuízos causados pela irregularidade, e, nessa esteira, deve financiar o transporte dos passageiros até Belo Horizonte, conforme contratado.

Pertinente registrar, ainda, que o empregado da empresa assinou o termo de requisição de veículo de f. 06, onde consta que caberia à transportadora infratora o pagamento das despesas desse transporte, tomando por base o coeficiente tarifário vigente para os serviços regulares e a distância percorrida, por passageiro transportado.

Isso posto, nego provimento ao recurso, ficando mantida a r. sentença combatida em todos os seus termos.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Renato Martins Jacob* e *Valdez Leite Machado*.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**INDENIZAÇÃO - DOAÇÃO A DESCENDENTE - ADIANTAMENTO DA LEGÍTIMA - EXCESSO - JUÍZO DO INVENTÁRIO - ALIENAÇÃO DE BENS - PROCURAÇÃO - VÍCIO DE CONSENTIMENTO - NÃO-CONFIGURAÇÃO - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - NEGÓCIO JURÍDICO - VALIDADE - PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO**

**Ementa: Ação de reparação de danos. Renúncia da herança em favor da genitora. Doação. Venda dos bens. Instrumento de procuração outorgada pela genitora a um de seus filhos. Adiantamento da legítima. Vício de consentimento. Ônus da prova.**

**- É sabido que o ônus da prova dos fatos constitutivos dos seus direitos incumbe ao autor, conforme disposto no artigo 333, inc. I, do CPC, visto que ele é quem afirma ser titular do direito à indenização.**

**- Constitui exercício regular de direito a outorga de procuração por pessoa maior e capaz a um de seus filhos para venda de parte de seu patrimônio, não constituindo ato ilícito a distribuição aos demais filhos dos frutos da venda, mesmo que de forma desigual.**

**- A matéria relativa a um possível excesso no adiantamento da legítima deve ser dirimida no juízo do inventário, e não em ação de ressarcimento de danos, por tratar-se de questão relativa a matéria de sucessão.**

**Preliminar rejeitada e apelação não provida.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0672.98.014273-7/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelantes: Celso Pereira da Silva Júnior e outra - Apelados: Roscio Augusto Pereira da Silva e outros - 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, 12 de junho de 2006. - *Pereira da Silva* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Ezequiel de Melo Campos Filho.

*O Sr. Des. Pereira da Silva* - Trata-se de recurso de apelação interposto por Celso Pereira da Silva Júnior e outra, contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas, nos autos da ação de reparação de danos ajuizada em face de Roscio Augusto Pereira da Silva e outros.

Adoto o relatório da sentença (f. 460/476), por retratar fielmente todos os fatos ocorridos, acrescentando que o ilustre Juiz de primeira instância julgou extinto o processo e improcedente o pedido inicial, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC.

Condenou os autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de 20%, calculados sobre o valor fixado à causa, observando o disposto na Súmula 14 do colendo STJ. Julgou extinta a ação cautelar em apenso, nos termos do artigo 808, inciso III, do CPC.

Inconformados, os autores interpuseram recurso de apelação às f. 486/502, afirmando que o pai do 1º apelante faleceu em 1971, deixando inúmeros e valiosos bens a inventariar. Informam que os três herdeiros necessários renunciaram aos direitos hereditários em favor da mãe, que à época ainda vivia.

Afirmam que, em que pese o louvável sentimento do 1º apelante ao renunciar à sua cota-parte, referido ato não se revestia da mesma nobreza por parte dos 1º e do 2º apelados, que iniciaram sistemática alienação de inúmeros imóveis de propriedade da mãe, apropriando-se de parte do numerário auferido.

Sustentam que, a fim de preservar o escasso patrimônio restante, teve que ser ajuizada a presente ação e requerida a concessão de antecipação de tutela para efetuar o bloqueio de imóveis ainda existentes, o que foi deferido na medida cautelar incidental.

Asseveram que inúmeras foram as vendas realizadas irregularmente, sem conhecimento dos apelantes, sendo que o 1º apelado obteve amplos poderes, para dilapidar o patrimônio da mãe.

Afirmam ser patente a má-fé na administração do patrimônio da mãe, devido às sucessivas transferências de valores destinadas às contas da 2ª apelada e seu marido. Também afirmam terem sido cabalmente comprovados nos autos os prejuízos sofridos pelos apelantes, em decorrência de condutas ilegais e abusivas dos 1º e 2º apelados.

Exemplificando, informam que foram preteridos na venda da área de 150.000 $m^2$ do

terreno denominado “Pintos Riacho de Areia”, tendo recebido sua parte sem a devida atualização, em uma época de inflação galopante.

Afirmam ter havido a desapropriação parcial de terreno no Município de Betim, no valor de R$ 125.192,74, quantia que não foi dividida igualmente entre os irmãos. Informam que, dos 52 lotes existentes na zona de expansão urbana de Betim, no Bairro São Miguel, apenas três, menos valiosos, lhes foram doados.

Alegam, preliminarmente, cerceamento de defesa, pois, apesar da relevância dos documentos bancários trazidos aos autos, o ilustre Magistrado não abriu vista para as partes se manifestarem sobre eles.

Asseveram que pleitearam novo envio de ofício para ser revelada a identidade do beneficiário de sucessivas transferências, bem como o destinatário de cheques suspeitos, pedido negado pelo MM. Juiz.

Por fim, sustentam que, diante do conjunto de atos ilícitos praticados pelos apelados, no sentido de negociar e alienar o patrimônio de direito futuro dos apelantes, mostra-se lícita a pretensão de serem reparados.

Os apelados apresentaram suas contra-razões às f. 508/510, requerendo seja negado provimento ao recurso, com a manutenção da sentença.

Este, o breve relatório.

Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo, estando preenchidos os demais requisitos de admissibilidade recursal.

Passo, pois, à análise das razões recursais.

Preliminar.

Cerceamento de defesa.

Os apelantes alegam ter havido cerceamento de defesa, pois o MM. Juiz ignorou seu pedido de novo envio de ofício para ser revelada a identidade de beneficiário de sucessivas transferências, bem como o destinatário de cheques suspeitos.

Há que se esclarecer, primeiramente, que o pedido de quebra de sigilo bancário dos réus/apelados foi feito nos autos da ação cautelar em apenso, sendo certo que, sendo julgada improcedente a ação principal, restou prejudicada a análise do referido pedido.

Ademais, não vejo em que sentido a ausência de envio de novo ofício às instituições bancárias, para informar o beneficiário das aludidas transferências, cerceou o direito de defesa dos apelantes.

É que, estando os autos principais maduros para julgamento, não se tendo reconhecido a existência de qualquer atitude ilícita dos apelados, mesmo que a 2ª apelada tenha sido, supostamente, beneficiária de valores, não significaria tal constatação a confirmação das alegadas ilicitudes, sendo que seriam necessárias outras provas, mais robustas, para tal conclusão, o que não ocorreu no caso em questão.

Diante de tais considerações, rejeito a preliminar suscitada, por entender não ter restado caracterizado o alegado cerceamento de defesa.

Mérito.

Após analisar cada um dos documentos colacionados aos autos, bem como as alegações das partes e a prova oral produzida, verifico que andou muito bem o ilustre Juiz de primeira instância, não merecendo qualquer reparo o bem-elaborado trabalho decisório.

Os apelantes pretendem, através da presente ação, se ver ressarcidos dos prejuízos que entendem haver sofrido com os supostos valores recebidos indevidamente pelos apelados, que não teriam sido divididos igualitariamente com os apelantes, na qualidade de herdeiros de sua falecida mãe, durante o curso do processo.

Fundamentaram a pretensão no artigo 159 do Código Civil brasileiro, edição de 1916, bem

como no fato de o apelante ser herdeiro necessário e não ter recebido justamente a sua quota-parte nos bens que teria direito à sucessão de sua genitora, seja por prática de fraude nas doações, seja pela venda e partilha ilegal dos bens que constituíam o acervo sucessório.

O artigo 159 do Código Civil de 1916 determinava:

> Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Imprescindível, pois, que estejam presentes os elementos acima citados para que se faça jus a qualquer verba indenizatória.

No presente caso, os apelantes entendem que houve *culpa in eligendo* da genitora dos apelantes, ao conferir poderes ao 1° apelado para administrar os bens do acervo hereditário e conferindo-lhe poderes para vendê-los.

Ora, cabia aos apelantes, nesses termos, o ônus de provar suas alegações, o que, com a devida vênia, não se dignaram fazer.

A despeito das inúmeras alegações e acusações de fraude nas doações realizadas pela genitora das partes, de falta de igualdade na divisão dos frutos resultantes das vendas do patrimônio das partes, nada foi provado nesse sentido.

Muito pelo contrário, todos os documentos colacionados aos autos pelas partes, principalmente aqueles trazidos com a inicial, mostram atos jurídicos praticados por partes capazes, cujos instrumentos se mostram perfeitos formalmente.

Como muito bem observado em primeira instância, as partes renunciaram, de livre e espontânea vontade, quando do falecimento do pai, à parte da herança que lhes cabia, em favor da genitora.

Não houve qualquer vício de consentimento ou de forma nas renúncias levadas a termo pelas partes.

Também não se verifica qualquer tipo de nulidade nas procurações outorgadas pela genitora das partes ao 1° apelado, conferindo-lhe poderes específicos para a venda de imóveis que constituíam patrimônio dela, não se verificando nos autos qualquer indício de que a matriarca sofria deficiência em suas atividades intelectuais ou de que teria sofrido coação em tais atos.

O fato de Dona Maria Eliza estar debilitada fisicamente não significa debilidade mental. Muito pelo contrário, foi juntado atestado de perfeita sanidade mental dela, às f. 335 dos autos, firmado por profissional competente da área, asseverando-se o perfeito uso de sua vontade para qualquer fim.

Para fins ilustrativos e para afastar as alegações feitas pelos apelantes, há que se observar que o imóvel consistente no apto. 301, comprado pela genitora das partes (f. 80/81), foi doado à 2ª apelada somente depois de passado mais de um ano de sua aquisição.

Ademais, conforme declaração firmada pela própria Sr.ª Elisa Andrade Pereira, à f. 296, ela doou ao 1° apelado a quantia de R$ 75.000,00 para igualar as doações que já havia feito aos seus dois outros filhos.

Nesse ínterim, o apelante recebeu, por escritura pública, os imóveis localizados na cidade de Santa Rita do Sapucaí, incluindo uma casa residencial.

Peço vênia para transcrever, aqui, as oportunas considerações lançadas em primeira instância:

> No caso dos autos não há prova de excesso de mandato. Não há prova de que os réus tenham usado da torpeza para iludirem a genitora a favorecer-lhes. Não há proibição ou impedimento a que a mãe outorgue procuração ao filho para venda de bens dela, e a prestação de contas é entre ambos. A renúncia de todos os

> herdeiros em favor do monte-mor foi ato voluntário e espontâneo, entre pessoas maiores e capazes.
> ( ... )
> A mãe dos litigantes vendeu bens que eram seus. Dos valores auferidos repassou boa parte para os filhos. As renúncias hereditárias da prole em favor da meeira foram em duas etapas, distantes (1971, f. 35, e 1996, f. 48), e sem mácula ou reclamação. Quem é capaz vende bens próprios, outorga procuração para seus interesses, não comete ato ilícito, e sim age em exercício regular de direito, *d.m.v*.

Somente para fins de argumentação, já que os apelantes - a despeito de não terem ajuizado a competente ação anulatória - tem-se que o dolo, na conceituação do renomado doutrinador Caio Mário da Silva Pereira (*in Instituições de Direito Civil*, v. 1, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 359), "consiste nas práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito ou a terceiro".

E o dolo, como é sabido, pode se revelar tanto na forma positiva como na negativa, sendo esta última a chamada omissão dolosa, ora suscitada nestes autos.

Quanto aos negócios jurídicos em nosso ordenamento, cumpre ressaltar dois princípios norteadores, quais sejam o da sua anulabilidade em razão de vício de consentimento e o denominado princípio da conservação do negócio jurídico.

Na atualidade, há preponderância deste em relação àquele, sendo que a validade do negócio é regra, a fim de resguardar a segurança das relações jurídicas negociais. Portanto, é presumida. E a invalidade representa exceção.

Havendo presunção, esta é do tipo *juris tantum*, cabendo prova em contrário. Mas não cuidaram os apelantes de fazer esta prova, conforme dito acima.

Sobre o tema ônus da prova, cabe trazer os ensinamentos do festejado Professor Cândido Rangel Dinamarco:

> A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegatta et probata partium,* e não *secundum propiam suam conscientiam* - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).
> O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no art. 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (*Teoria Geral do Processo*, 7. ed., p. 312).

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso especial. Tributário. Imposto de renda. Restituição. Art. 333 do CPC. Ônus da prova. Não-ocorrência. Dissídio pretoriano.Súmula nº 83/STJ.
> - 1. Cabe aos autores o ônus da prova do fato constitutivo do direito e compete à ré constituir prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito reclamado.
> - 2. 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida' (Súmula nº 83/STJ).
> - 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido (REsp. 728.636/PR, Relator: Ministro João Otávio de Noronha).

Assim, os documentos acostados aos autos não fazem prova suficiente, para confirmar as alegações dos apelantes.

Para ensejar a obrigação de indenizar, Humberto Theodoro Júnior ensina:

> Para que haja a responsabilidade civil e a conseqüente obrigação de indenizar daí advinda, é necessária a concorrência de três requisitos: a) a existência de um dano ou ofensa; b) conduta do agente, culposa ou dolosa; c) nexo de causalidade, ou seja, um liame subjetivo ligando a ofensa produzida à

conduta praticada (*Dano Moral*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 100).

Considerando, então, o aqui exposto, não houve prova da existência de vício capaz de anular as vendas ou o adiantamento das legítimas feito pela genitora das partes, não havendo que se falar, pois, na indenização pleiteada pelos apelantes.

Por fim, há que se ressaltar que, em relação ao inconformismo dos apelantes em relação a uma suposta falta de igualdade na divisão, ou o excesso no adiantamento da legítima da herança deixada por sua genitora, tendo-se aberto inventário, tais pendengas devem ser dirimidas no juízo do inventário, visto se tratar de questão relativa à matéria de sucessão, nos próprios termos dos argumentos utilizados pelos apelantes.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, para manter, na íntegra, a sentença proferida em primeira instância, pelo operoso Juiz Geraldo David Camargo.

Custas recursais, na forma da lei, pelos apelantes.

*A Sr.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte* - De acordo.

*O Sr. Des. Alberto Vilas Boas* - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ATROPELAMENTO - CRIANÇA - RESPONSÁVEL - CULPA *IN VIGILANDO* - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO**

**Ementa: Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Atropelamento de criança. Fato imprevisível. Improcedência do pedido indenizatório.**

**- Quando uma criança atravessa a rua sozinha, indo atrás de sua babá, que a deixara sozinha dentro de um bar, lançando-se subitamente na frente do veículo em velocidade permitida para o local, não há de se imputar culpa ao motorista, configurando-se a culpa *in vigilando* da babá, inexistindo, então, a responsabilidade civil e a obrigação indenizatória, pelo que o segundo recurso é provido, prejudicado o primeiro.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0452.04.011478-0/001 - Comarca de Nova Serrana - Apelantes: José Aparecido de Souza e outro, José Delgado Mota e outro - Apelados: os mesmos - 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 DAR PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO E JULGAR PREJUDICADA A PRIMEIRA.

Belo Horizonte, 25 de maio de 2006. - *Francisco Kupidlowski* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Francisco Kupidlowski* - Pressupostos presentes. Conhece-se de ambos os recursos.

Quanto a uma sentença que, na Comarca de Nova Serrana - Vara Única -, julgou parcialmente procedente pedido indenizatório a danos materiais e morais, em decorrência do acidente que vitimou uma criança, surgem dois apelos. O primeiro foi interposto pelos autores, pretendendo o ressarcimento

pelo funeral da criança, majoração do limite da pensão e dos danos morais.

O segundo apelo, interposto por José Delgado Mota e outro, visa à reforma da sentença aos argumentos de que não teve como evitar o acidente, pois a criança, repentinamente, atravessou a rua; os relatos sobre a velocidade do veículo são contraditórios; inexistência de culpa do condutor do veículo; redução da condenação aos danos materiais, haja vista que a criança não exercia atividade remunerada, não se podendo prever esse fato, e dos danos morais.

O segundo recurso deve ser analisado primeiramente, pois, ante suas considerações, pode prejudicar o primeiro.

Segunda apelação: de José Delgado Mota e outro.

Trata-se de ação indenizatória por ato ilícito em decorrência do atropelamento de Laura Daniele Souza, que contava quatro anos de idade, vindo a falecer em 14.09.03.

De acordo com os documentos acostados aos autos e as narrativas das partes e testemunhas, conclui-se que a criança estava com sua babá, em um bar de propriedade desta, localizado em um cruzamento levemente oblíqüo entre a Rua Carioca e a Rua Santa Helena, área central do povoado de Canjicas, Município de Perdigão, conforme atestado pelo Instituto de Criminalística, à f. 52.

O depoimento da testemunha José Aparecido Santos da Silva esclarece como o acidente ocorreu:

> ... que efetivamente presenciou o acidente que culminou com o óbito da menor Laura; que o depoente estava no bar de propriedade da babá da criança; que, assim que chegou ao local, pediu uma cerveja, e a babá foi levar a bebida na calçada onde o depoente estava, do outro lado da rua; que a criança permaneceu no bar, sendo que o marido da babá estava consertando um galinheiro numa rua próxima ao bar, sendo que de onde estava dava para ver; que o local era uma esquina, e, após levar a cerveja a babá atravessou a rua para outra vertente da esquina para conversar com uma amiga; que a criança ficou no bar e, aproximadamente segundos depois, atravessou a rua, andando, indo em direção à babá (f. 106).

A testemunha ainda acrescenta que, quando a criança começou a atravessar a rua, escutou o marido da babá gritar "olha a menina aí"; e, logo depois, a criança foi atingida pelo veículo, ressaltando que o trajeto da vítima foi em forma de L, pois ela saiu do bar, atravessou a rua em que o marido da babá estava, passou pelo depoente e pretendia ir ao encontro da babá, tendo passado por detrás do veículo do depoente e de um tambor de lixo, existente no local.

Caio Mário da Silva leciona sobre o assunto:

> Em princípio a culpa é um fato ou decorrência de um fato. Como tal, deve ser provada, e o ônus de produzir sua prova incumbe a quem a invoca, como em geral ocorre com todo outro fato: *onus probandi incumbit ei que dicit non qui negat*. Cabe, portanto, à vítima produzir a sua prova (*in Responsabilidade Civil*, p. 74).

Assim, na órbita da responsabilidade civil, e mais precisamente no campo da responsabilidade aquiliana, a culpa não se presume. É necessária uma efetiva comprovação de conduta culposa, pois, senão, não há definição de responsabilidade, e apenas esta acarreta a obrigação de indenizar.

Orlando Gomes, nesse sentido, diz:

> Inexistindo demonstração da culpa, na qual se assenta a responsabilidade civil, não pode subsistir o pedido de indenização formulado pelo autor (*in Obrigações*, 5. ed., p. 347).

Analisando-se o caso dos autos, tem-se que a perícia realizada pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais vistoriara o veículo atropelador e constatara indícios de impacto recente na região frontal esquerda do mesmo, o que causou desalinhamento do farol auxiliar esquerdo e afundamento na grade frontal, nada mais sendo constatado, f. 52 dos autos.

Ora, diante da constatação da Polícia Civil, percebe-se que o veículo não estava em alta velocidade para o local, como querem fazer crer os autores e a testemunha José Aparecido Santos da Silva, pois, se assim fosse, danos maiores seriam ocasionados no veículo, bastando conferir a foto do mesmo, tirada pela Polícia Civil e que se encontra às f. 56/57 dos autos.

De tudo quanto dito, conclui-se, portanto, que o motorista José Delgado Mota não agiu com culpa, pois estava conduzindo seu veículo em velocidade compatível para o local.

No caso presente, a *obligatio ad diligentiam* para a vigilância da criança era da babá, que, ao invés de estar perto da menina, a deixou sozinha no bar e atravessou a rua para servir uma cerveja e, depois, para conversar com uma amiga, conforme relatado pela testemunha que presenciou o fato, existindo, assim, culpa *in vigilando* dela, na medida em que uma criança de apenas quatro anos de idade não tem discernimento do perigo para atravessar uma rua sozinha, mesmo em se tratando de cidade pequena, não cabendo debitar ao motorista a culpa pelo atropelamento.

Nesse mesmo sentido, já se manifestou a jurisprudência:

> Responsabilidade civil. Atropelamento de menor, com morte, em rodovia. - Não é excessiva a velocidade de 50/60 Km/h desenvolvida por veículo integrante da corrente de intenso tráfego, em rodovia que liga cidades litorâneas, porém distante da praia onde se concentram as pessoas. Para atravessá-la, nessas circunstâncias, a *obligatiam diligentiam* é do pedestre, não cabendo debitar ao motorista a culpa do atropelamento, mesmo sendo criança que se desgarra do grupo, do qual fazia parte um adulto, este, sim, descumpridor do dever de vigilância, por permitir que ela, de inopino, tentasse cruzar a pista, surpreendendo, inclusive, o condutor do automóvel (TAPR, 6ª Câmara Cível Apelação Cível nº 0072334000, Ac. 3393, Londrina, Rel. Juiz Bonejos Demchuk, j. em 28.11.94, publ. em 09.12.94).

Com o exposto, dá-se provimento à segunda apelação para cassar a sentença e julgar improcedentes os pedidos exordiais, prejudicado o primeiro recurso.

Condenam-se os autores ao pagamento das despesas recursais e honorários de advogado dos réus, que, na forma combinada dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, ficam arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), declarada a isenção.

Custas, do primeiro recurso, pelos primeiros apelantes, isentos.

Custas, do segundo recurso, pelos autores, ora apelados, isentos.

*A Sr.ª Des.ª Hilda Teixeira da Costa* - Após detida análise dos autos, acompanho o eminente Desembargador Relator, por entender que o segundo apelante não teve como evitar o atropelamento diante da súbita aparição da vítima, saindo de trás do veículo da testemunha José Aparecido Santos da Silva e de um tambor de lixo.

Em face do exposto, também dou provimento à segunda apelação e julgo prejudicada a primeira apelação.

*O Sr. Des. Adilson Lamounier* - De acordo com o voto do eminente Relator.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO E JULGARAM PREJUDICADA A PRIMEIRA.

-:::-

**RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - ERRO MÉDICO - CULPA - NEGLIGÊNCIA - HOSPITAL - SOLIDARIEDADE - DISSOCIAÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

**Ementa: Responsabilidade civil. Erro médico. Negligência. Hospital. Responsabilidade contratual. Solidariedade. Dissociação de responsabilidade. Omissão de meios com frustração de resultados.**

**- A responsabilidade solidária, entre os médicos de um mesmo atendimento, é, em regra geral, por infração contratual, quando se deixa de ministrar corretamente atendimento pós-operatório, por lhes ser dever garantir a segurança clínica do operado. Entretanto, a dissociação da responsabilidade de cada parte pode ser acatada, quando as provas permitirem.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0287.01.001527-2/001 - Comarca de Guaxupé - Apelantes: 1ª) Fundação Hospitalar de Paraguaçu - FHOP, 2º) Raul Barlem Neto - Apelados: Anildo do Nascimento e sua mulher, Cheila Cristina de Oliveira Nascimento - Relator: Des. BATISTA DE ABREU

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2006. - *Batista de Abreu* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Proferiu sustentação oral pela 1ª apelante o Dr. Alex Carlos Niza.

*O Sr. Des. Batista de Abreu* - Anildo do Nascimento e Cheila Cristina de Oliveira Nascimento ajuizaram ação de indenização por danos morais em face do Hospital e Maternidade S. Francisco de Assis, Nelson Rodrigues do Prado Júnior e Raul Barlem Neto, ao fundamento de que são pais do menor Bruno Alceu Nascimento, nascido em 4 de janeiro de 1996, e que, na data de 17.12.99, este foi internado para uma cirurgia de adenóide, sendo ela realizada por volta das 7h10 da manhã; que o menor, desde o momento em que fora levado para o quarto, estava agitado, chorando e sangrando muito, quadro que permaneceu durante o transcorrer do dia, sendo sempre informados pelos médicos que tal situação era normal, sem, no entanto, comparecerem ao quarto para verem o paciente; que, como o quadro clínico do pequeno Bruno se agravava, eles imploraram às freiras que o transferissem para o hospital de Alfenas, isso por volta das 14h, não sendo o pedido atendido sob o argumento de que estava tudo bem; que, por volta das 16h30, quando o quadro clínico do menor já havia piorado drasticamente, conseguiram localizar o cirurgião, tendo este receitado novos medicamentos; que, por volta das 17h20, quando o quadro do pequeno já era gravíssimo, compareceu o médico anestesista, Raul Barlem Neto, determinando que o menor fosse levado novamente ao centro cirúrgico, tendo este permanecido lá por mais 25 minutos, falecendo por volta das 18h, sendo que o médico cirurgião só chegou ao hospital às 18h10, explicando que tudo não passava de uma fatalidade; que o que ocorreu foi negligência, imprudência e imperícia, já que faltou assistência no pós-operatório, pois competia aos réus zelarem pela vida do pequeno paciente com dignidade e respeito. Informam ainda que foi lavrado boletim de ocorrência e instaurado processo ético pelo Conselho Regional de Medicina e assim requerem indenização a título de danos morais no montante de R$ 350.000,00 (trezentos e cinqüenta mil reais).

A ré - Fundação Hospitalar de Paraguaçu - FHOP, contestou nas f. 51/54, alegando, em preliminar, que à época dos fatos quem dirigia o hospital era a Associação das Irmãs Missionárias Capuchinhas, devendo vir esta integrar a lide; alega ainda a ilegitimidade passiva do Hospital São Francisco de Assis, já que este apenas serviu de local para a realização da cirurgia; e, no mérito, que o Hospital apenas cedeu suas salas para que os médicos, ora réus, realizassem a cirurgia do menor pelo SUS e que o hospital possui todo o aparato necessário para a realização de dito procedimento e que, se houve erro dos médicos, foi por culpa autônoma, pelo que requer a improcedência do pedido.

Contestação de f. 82/99 pelo réu Nelson Rodrigues, médico-cirurgião, alegando que a

cirurgia transcorreu normalmente; que o menor reagiu após ter retornado da cirurgia, sendo assim encaminhado para a enfermaria; que o visitou por volta das 10h30, prescrevendo-lhe a medicação necessária, tendo procedido a uma segunda visita por volta das 17h30, quando foi alertado pelo setor de enfermagem que o menor havia vomitado sangue, momento em que retornou ao leito do menor, constatando um sangramento nasal, receitou-lhe os medicamentos necessários e determinou aos enfermeiros que, se ocorresse outro sangramento, que lhe fosse comunicado, tendo então se retirado do hospital; que existe um médico plantonista no hospital, que receitou ao paciente os medicamentos necessários, tendo ele agido com zelo profissional, e que o ocorrido não se deu por sua culpa. Assim, bate-se pela improcedência do pedido, pugnando pela redução do *quantum* para 50 salários mínimos.

Contestação de f. 150/158 pelo réu Raul Barlem, médico-anestesista, alegando que a responsabilidade do médico-anestesista se inicia com avaliação do paciente, a aplicação das drogas pré-anestésicas, e se encerra com a recuperação da consciência e a estabilidade dos parâmetros vitais, sendo que a exceção é quando ocorre indicação de seguimento para UTI; que a anestesia apenas auxilia o médico-cirurgião, mas que não interfere no ato cirúrgico, e que não houve falta de capacidade profissional deste, já que a cirurgia transcorreu normalmente, e que o sangramento não foi proveniente da anestesia, já que esta não faz sangrar; que, no decorrer daquele dia, permaneceu na sua residência, apenas sendo chamado ao hospital por volta das 17h20 para "pegar a veia do menino Bruno", tendo comparecido no mesmo instante; que desconhecia a situação do pequeno, já que não fora tentada a sua localização durante todo o dia, batendo-se pela improcedência do pedido.

Impugnação de f. 184/186.

Audiência de instrução e julgamento de f. 254/265, com depoimento de testemunhas nas f. 358/367, 413/417, 466/467.

Parecer do Ministério Público nas f. 507/519 pela procedência do pedido.

Na sentença de f. 529/544, o pedido inicial fora julgado procedente sendo os réus condenados solidariamente a pagar a indenização de R$ 210.000,00 (duzentos e dez mil reais) sob a alegação de que o estabelecimento hospitalar tem legitimidade passiva para integrar a lide, já que os médicos estavam prestando serviços em suas dependências, e, no mérito, afirma que a responsabilidade do anestesista não foi no momento da anestesia, e sim na sua conduta posterior, por volta das 17h, quando os procedimentos utilizados por ele não foram adequados. Quanto ao médico-cirurgião, considera inequívoca a sua responsabilidade pelo evento, cuja omissão e negligência são claras nos autos.

Nas razões da apelação, f. 551/562, a ré, Fundação Hospitalar de Paraguaçu, pugna pela reforma da sentença, e, ratificando a sua contestação, bate-se pela improcedência do pedido.

Nas razões da apelação de f. 565/569, o réu Raul, médico-anestesista, pugna pela reforma da sentença, alegando que em momento algum foi feita qualquer prova de que o mesmo tivesse agido com negligência ou imprudência, não sendo o falecimento causado em conseqüência da anestesia. Alega ainda que, quando chegou para socorrer a vítima, esta já se encontrava desfalecida e que o evento danoso iria ocorrer mesmo que o réu não lhe tivesse dado atendimento, não havendo nexo causal entre a sua conduta e a morte. Por último, pleiteia a redução da indenização.

Contra-razões nas f. 582/585.

Inegável o fato que causou a morte do menor Bruno Alceu Nascimento ocorrida nas dependências do Hospital Maternidade São Francisco de Assis, em consequência de uma cirurgia simples de adenóide, nele realizada pelo médico cirurgião Nelson Rodrigues do Prado Júnior e pelo anestesista Raul Barlem Neto.

O menor Bruno fora internado para essa cirurgia por volta das 7h do dia 17.12.99 e, após 50 minutos, já se encontrava em recuperação, mas, por volta das 20h, veio a falecer por complicações decorrentes da cirurgia.

Foram responsabilizados o hospital e os médicos, cirurgião e anestesista.

Pelo que se pode observar, estabeleceu-se uma grave intercorrência pós-operatória com desfecho letal.

Inegável que a obrigação dos médicos é, em regra, de meio. E que aqui, neste caso, buscava-se a cura do menor, e foi para isso o ato cirúrgico. A promessa da eficácia do tratamento não altera a responsabilidade do médico a transformá-la de resultado. Em que pese caber dúvida sobre a própria indicação do tratamento cirúrgico, visto que a afecção tratada admite também alternativas conservadoras, o que se discute, no presente caso, é o compromisso da assistência pós-operatória. Vê-se que não é o caso de tratamento compulsório.

Em temas de responsabilidade profissional médica, muito se discute sobre obrigação de meio ou de resultado. No presente caso, consolida-se situação de extremo mau resultado, associado à omissão de meios, visto que, durante todo o transcurso da intercorrência hemorrágica, não se praticou um único ato médico direcionado ao saneamento da causa básica do sangramento.

Não se concebe qualquer tipo de justificativa, até porque, por se tratar de paciente jovem e sem outras co-morbidades, ofereceram-se aos assistentes pelo menos oito horas, entre o início da hemorragia e o óbito. Tempo suficiente até para remoção a centros médicos com mais recursos.

O caso caracteriza omissão nos meios com frustração de resultados.

Quanto à responsabilidade do hospital, ela se dá quando, na condição de hospedeiro do paciente, ocorre dano, mas esse dano há de estar ligado ao contrato de hospedagem. Evidente que esse contrato não se limita apenas à hospedagem como similar de uma hotelaria. Há de se levar em conta que a hospedagem é para tratamento de saúde, estando o paciente aos cuidados não de camareiras, mas de enfermeiras, e, evidentemente, à disposição dos pacientes todo um conjunto de equipamentos de pronto atendimento médico, como CTI, medicamentos, oxigênio e razoável conforto.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que o hospital responde por danos nos internos na condição de hospedeiros e responde por erros do médico da casa como seu preposto (*Responsabilidade Civil*. 3. ed. Forense, 1992, p. 153). E, logo adiante, citando José de Aguiar Dias, transcreve sua distinção segundo as circunstâncias: se o médico atua subordinado à direção do hospital, este é responsável como comitente em relação ao preposto; porém, se o médico agiu no exercício de sua profissão, deixando de zelar pelo doente, ou ministrando alta dose de tóxico ou, se por omissão sua, ocorre processo infeccioso; ou, ainda, se examina tardiamente o doente; ou se descura das normas de sua profissão, a responsabilidade é direta do médico.

No caso *sub judice*, a vítima foi internada no hospital por ser o único da cidade. O paciente não era do hospital, mas do médico otorrino Nelson Rodrigues. A vítima falecera não por defeito ou deficiência de instalações nem por negligência de seus empregados ou das enfermeiras. A vítima falecera exatamente porque quem deveria estar presente logo quando a intercorrência operatória apareceu não estava: o médico otorrino e cirurgião Nelson Rodrigues. E, quando receitou, receitou errado, porque Premarim, como consta na f. 36, não seria o medicamento adequado.

Os depoimentos das testemunhas relatam que o pequeno paciente padeceu de grande sofrimento, tendo vomitado sangue durante todo o dia, e que em momento algum, incessantemente procurado, apareceu no hospital para rever seu pequeno paciente e, quando lá esteve, ao menos entrou no quarto. E, quando receitou, receitou errado, porque consta inclusive no relatório da enfermaria, f. 17, que os lençóis do pequeno tiveram que ser trocados duas vezes, porque estavam ensopados de sangue, estando plenamente configurada, a meu ver, a culpa do cirurgião, que deixou de agir com os devidos cuidados que a ocasião lhe exigia.

De outra banda, não vejo como imputar ao médico anestesista a responsabilidade pelo ocorrido. Da análise percuciente das provas trazidas, não vejo como imputar-lhe responsabilidade pelo fato ocorrido. O seu trabalho específico foi cumprido a contento, e, quando solicitado para suprir o atendimento não prestado pelo cirurgião, compareceu ao hospital, conduziu o paciente ao local que entendeu mais adequado ao atendimento e praticou os atos que foram possíveis, naqueles momentos crepusculares da vida do paciente. Não alterou o resultado, que foi negativo, mas ofereceu os meios possíveis.

Restam, assim, configurados todos os elementos ensejadores da responsabilização civil da parte exatamente que não apelou, o cirugião Nelson Rodrigues do Prado Júnior: a omissão, a culpa mediante negligência e imperícia, o dano e o nexo de causalidade entre a omissão culposa e o dano.

Passemos agora à análise do valor arbitrado pelo Juiz singular.

Em que pese ser revoltante ver que uma criança de apenas três anos de idade perdeu a vida de forma tão estúpida e leviana, e reconhecendo que não existe valor no mundo que amenize a dor pela perda de um filho, justifica-se plenamente o reconhecimento da caracterização de dano moral grave.

O objetivo desta ação é tentar reparar a mágoa, minorar a dor, o sofrimento e a saudade, mas tudo dentro dos critérios da razoabilidade, de forma a não trazer dificuldade aos réus, nem o mero enriquecimento dos autores.

A sentença foi pela solidariedade dos réus no pagamento de uma indenização de R$ 210.000,00. Com a exclusão do hospital e do médico-anestesista, restou apenas o médico cirurgião que não recorreu. Pesa então sobre ele toda a responsabilidade pela indenização.

Assim sendo, dou provimento às apelações para julgar improcedente o pedido inicial em face dos apelantes, mantendo, no mais, a sentença apelada.

Custas, pelos apelados.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

-:::-

**AÇÃO DECLARATÓRIA - NULIDADE - DUPLICATA - PROTESTO DE TÍTULO - LEILÃO ELETRÔNICO - BEM MÓVEL - DEFEITO - FOTOGRAFIA - INTERNET - NÃO-DEMONSTRAÇÃO - DEVER DE INFORMAR - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL/2002 - VIOLAÇÃO**

**Ementa: Ação declaratória de nulidade. Leilão eletrônico de bem móvel. Foto exibida eletronicamente. Lado defeituoso não demonstrado. Dever de informação. Inobservância. Princípio da boa-fé objetiva. Violação.**

**- O promovente de leilão eletrônico, realizado via internet, que, infringindo o dever de informação e o princípio da boa-fé objetiva, exibe foto apenas do lado bom do bem a ser levado a leilão, deixando de demonstrar a existência de avaria no outro lado e induzindo a oferta de lance acima da realidade, incorre em ilícito civil que aniquila a arrematação e autoriza a declaração de nulidade da duplicata sacada, bem como do respectivo protesto.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.693951-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Central de Leilões Ltda. - Apelada: Com. Vila Real Ltda. - Relator: Des. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES

**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 AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de abril de 2006. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Assistiu ao julgamento pela apelada a Dr.ª Marília Medeiros Resende.

*O Sr. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Cuida-se de recurso de apelação, interposto por Central de Leilões Ltda., contrariando a sentença prolatada às f. 216/226, pela qual o ilustre Juiz singular julgou procedente o pedido objeto da ação principal ajuizada por Comercial Vila Real Ltda. em desfavor da ora apelante e improcedente o pedido alvo da reconvenção, culminando por determinar o cancelamento do protesto tirado contra a autora, declarando nulo o boleto bancário objeto do protesto e condenando a ré a ressarcir os danos materiais reclamados pela autora.

A apelante sustenta, preliminarmente, a nulidade da sentença pela ocorrência do vício de julgamento *extra petita*, ao argumento de que o ilustre Juiz declarou a nulidade do título por suposta irregularidade no protesto, o que não guarda qualquer relação com a causa de pedir da apelada, mesmo porque a apelada, em momento algum, alegou a existência de qualquer defeito formal no envio da duplicata, sua recusa em devolvê-la, ou no próprio protesto; aduz, ainda, nulidade da sentença pela negativa de prestação jurisdicional, pois o MM. Juiz deixou de apreciar algumas questões que foram suscitadas na peça de defesa, tais como previsão contratual de vistoria física e da análise dos lotes; que referida vistoria somente fora realizada após ocorrido o leilão; que não foi apreciado ponto relevante da reconvenção, fundado na norma do art. 39 do Decreto 21.981/32; que a própria apelada sabia que o bem tinha avarias de incêndio; que não descumpriu o princípio da boa-fé; que a apelada não adimpliu com suas obrigações, devendo suportar as penalidades decorrentes do contrato a que aderiu; que é inconteste a cobrança da comissão do leiloeiro oficial, mais a multa convencionada, em virtude da desistência ou arrependimento do lance ou proposta; que o lance ofertado impediu a arrematação do bem pelos demais participantes.

A apelada ofertou as contra-razões de f. 252/260, refutando, por completo, a tese recursal.

Preparo recursal registrado à f. 250.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A preliminar de nulidade da sentença por vício *extra petita*, articulada pela apelante, não procede.

O fato de o MM. Juiz singular, ao se pronunciar sobre o pedido de declaração de nulidade do protesto, ter estendido sua fundamentação, mencionando o boleto bancário, não caracteriza julgamento *extra petita.*

A bem da verdade, tendo o douto Sentenciante reconhecido que a ré reconvinte não se pautou dentro dos limites da boa-fé objetiva, o que contaminou a relação jurídica entre as contratantes, por si só configurou motivo bastante para que fosse declarada a nulidade da duplicata então sacada e levada a protesto.

Ora, sendo evidente que a relação contratual, travada pela via eletrônica, foi considerada defeituosa - fato suficiente a impedir o próprio saque do título de natureza causal -, por conseqüência lógica, nulo estava também o protesto, daí por que, com minhas escusas, o *plus* contido nos fundamentos da sentença não gera a nulidade do julgado.

Rejeito a preliminar.

Ausência de prestação jurisdicional também não ocorreu, pois o órgão julgador, uma vez encontradas as razões para decidir, fazendo-o

mediante os fundamentos que entende aplicáveis ao desate da querela, não fica compelido a responder questões outras que não irão influenciar no seu livre e motivado convencimento.

Rejeitada fica a preliminar.

No que se refere à questão de mérito, melhor sorte não está reservada à apelante.

A alegação de que a decisão monocrática não observou as previsões contratuais pactuadas entre as partes, cujas cláusulas gerais, afetas ao leilão, se encontram registradas no 2º Cartório de Registro de Título e Documentos da Comarca de Osasco/SP e disponível em página eletrônica, em nada o socorre.

O caso em exame apresenta contornos próprios, sendo que o fato de a apelante, Central de Leilões, com sede em São Paulo, estipular dia e hora para os participantes e interessados na arrematação visitar e conferir os bens não a exime de agir dentro dos parâmetros legais.

Está devidamente comprovado que a apelante, ao disponibilizar em sua página eletrônica a foto do produto por ela levado a leilão eletrônico, o fez omitindo o lado defeituoso do bem; prova disso são os documentos de f. 27/29. Em contrapartida, as demais imagens fotográficas de f. 30/33, tiradas pela autora quando da visitação ao local onde o bem se encontrava depositado, bem demonstram, com clareza, as avarias existentes no lado posterior, defeitos estes que foram ocultados pela ré em sua página na internet.

A tese recursal apresentada pela apelante vai de encontro às afirmações por ela divulgadas, quando discorre sobre as vantagens e segurança dos leilões realizados *on-line* (f. 19):

> As vantagens dos negócios fechados em um leilão aumentaram com o avanço da tecnologia *on-line*. Além disso, ela proporciona total acesso a imagens, informações detalhadas e laudos técnicos dos bens em pregão. (...) A Central de Leilões criou ferramentas exclusivas para que o potencial comprador tenha pleno conhecimento do produto ofertado. (...) Quem arremata, além de ter a garantia da segurança e transparência, evita deslocamentos, ganha tempo e economiza recursos.

Não paira dúvida de que o ocultamento das avarias constantes do bem levado a leilão eletrônico, por parte da sociedade demandada, constituiu fator preponderante para que a autora, desavisada do lado ruim do bem, incorresse em erro e oferecesse o lance *on-line* na busca de arrematar o referido motor, o qual se encontra na distante cidade de Manaus/AM. Tal erro não pode ser transferido para a proprietária do bem, pois cumpria à apelante, responsável que é pelo leilão, exigir daquela uma real descrição do estado de conservação do motor que iria levar a leilão, inclusive com exibição de fotos de todos os ângulos.

Ora, em tendo a ré apelante omitido, em seu *site*, o real estado de conservação do bem, sonegando a existência dos graves defeitos demonstrados na parte posterior daquele, faltando com o dever de informação, o que implica a sensível queda do valor venal do referido motor, agiu em desobediência ao princípio da boa-fé objetiva, em notória violação do preceito legal contido no art. 422 do Código Civil, de alta relevância e de fácil interpretação: “Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Portanto, o promovente de leilão eletrônico, realizado via internet, que, infringindo o dever de informação e o princípio da boa-fé objetiva, exibe foto apenas do lado bom do bem a ser levado a leilão, deixando de demonstrar a existência de avaria no outro lado e induzindo a oferta de lance acima da realidade, incorre em ilícito civil que aniquila a arrematação e autoriza a declaração de nulidade da duplicata sacada, bem como do respectivo protesto.

Sem qualquer chance de êxito é a alegação da apelante de que não existe nexo entre o noticiado dano e a suposta culpa a ela atribuída. Registro que a relação contratual iniciada se dera entre os litigantes, sendo que a realização do leilão eletrônico, inclusive com imagens divulgando o bem, foi de responsabilidade

exclusiva da própria ré apelante, resultando daí sua culpa pelos prejuízos sofridos pela apelada.

O ilustre Juiz singular se houve com acerto e bem aplicou o direito à espécie, mesmo porque o ordenamento jurídico pátrio não contempla o enriquecimento sem causa.

De outra face, também carece ser realçado que o preceito contido no art. 39 do Decreto 21.981/32 em nada beneficia a ré reconvinte, isso porque a ela está sendo debitada a culpa pelo não-implemento da obrigação contratual.

Já os honorários advocatícios foram fixados com total acerto, sem qualquer exagero, em completa obediência ao comando do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Com essas considerações, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

*O Sr. Des. Unias Silva* - De acordo.

*O Sr. Des. D. Viçoso Rodrigues* - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO SEGURO DE VIDA - INVALIDEZ PERMANENTE - PROVA - PROCESSO DE CONHECIMENTO - NECESSIDADE - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - AUSÊNCIA DE REQUISITO ESSENCIAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO**

**Ementa: Embargos do devedor. Contrato de seguro. Invalidez permanente e total. Discussão de cláusula contratual. Extinção do processo de execução. Ausência de requisito essencial. Art. 618, inciso I, do CPC. Processo de conhecimento.**

**- Não há como prosperar a ação de execução forçada, com esteio em contrato de seguro, por falta do requisito essencial de exigibilidade (CPC, art. 618, I), quando a prova da incapacidade necessária para recebimento da indenização demanda instrução probatória de maior envergadura, com ampla discussão acerca de cláusula contratual, para aferir se o segurado faz jus à indenização por invalidez permanente e total, o que se mostra incabível no âmbito de um processo executivo, em que não se praticam atos de cognição, restando, assim, evidenciada a necessidade de processo de conhecimento.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0479.99.007731-1/001 - Comarca de Passos - Apelante: Icatu Hartford Seguros S.A. - Apelado: José Carlos Pereira - Relator: Des. TARCÍSIO MARTINS COSTA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM, DE OFÍCIO, DECRETAR A EXTINÇÃO DO PROCESSO.

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2006. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Tarcísio Martins Costa* - Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de f. 170-173, aviada pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Passos, que, nos autos da ação incidental de embargos do devedor, movida por Icatu Hartford Seguros em face de José Carlos Pereira, rejeitou os embargos, determinando o prosseguimento da execução e condenando o embargante nos ônus sucumbenciais.

Inconformado, pretende o apelante a reforma do r. *decisum*, sob a alegação de inexistir no contrato de seguro cobertura para o caso de invalidez parcial por doença, mas sim permanente, o que inocorre no caso, porquanto, consoante as provas produzidas nos autos, o apelado não se encontra definitivamente inválido. Aduz que, pelo fato de lhe ter sido concedida aposentadoria pelo INSS, não enseja direito de recebimento de indenização securitária, a teor de predominante entendimento jurisprudencial, mesmo porque não fora "vítima de nenhum acidente de natureza súbita, violenta, externa e involuntária que lhe causasse qualquer tipo de invalidez por acidente". Sustenta, ademais, que, ao contrário do entendimento do ilustre Juiz monocrático, o diagnóstico do *expert*, em seu laudo pericial, concluiu que o apelado está apto para realizar outras atividades laborativas, possuindo, portanto, parcial incapacidade em razão da doença diagnosticada, e não invalidez permanente, como prevê o contrato firmado entre as partes.

Por fim, aduz não ter tido nenhuma intenção de procrastinar o andamento do feito que justifique sua condenação por ato atentatório à dignidade da Justiça (CPC, art. 600), todavia, caso mantida, deverá ser reduzido o percentual, "por total desproporcionalidade entre o suposto fato praticado pela seguradora e o valor que lhe foi imputado".

As contra-razões vieram através das peças de f. 190-203, em óbvia infirmação, pugnando pelo desprovimento do apelo.

Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Tenho preliminar, de ofício, que submeto à apreciação da douta Turma Julgadora.

Preliminar *ex officio* - ausência de título executivo.

Subtrai-se dos autos que o exeqüente, ora apelado, ajuizou em face da seguradora, ora apelante, ação de execução forçada, esteado em contrato de seguro de vida e acidente pessoal, com fundamento no art. 585, inciso III, do Código de Processo Civil.

A seguradora aviou a presente ação incidental de embargos do devedor, visando desconstituir o título exeqüendo.

O digno Juiz singular rechaçou a prefacial de carência de ação, argüida, em contestação, por entender que se confunde com o próprio mérito; e, nessa seara, rejeitou os embargos, à consideração de que a prova pericial produzida deixou claro que o embargado se encontra, de fato, inválido, total e permanentemente, para qualquer atividade laboral.

Irresignado, busca o apelante a reforma do r. *decisum*, sob a alegação de inexistir no contrato de seguro cobertura para o caso de invalidez parcial por doença, mas sim permanente, o que inocorre no caso, porquanto, de acordo com as provas produzidas, o apelado não se encontra definitivamente inválido.

Em que pese não ter a embargante, em suas razões recursais, argüido a prefacial de carência de ação, suscitada em sua peça de resistência, cuida-se de matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, em qualquer fase do processo e grau de jurisdição.

Estatui o art. 585, III, do CPC, *litteris*:

> Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:
> (...)
> III - os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade.

A sua vez, o art. 618, inciso I, proclama a nulidade da execução se o título executivo não for líquido, certo e exigível.

Como ressai do exame dos autos, o contrato de seguro em grupo, que teve como estipulante a Prefeitura Municipal de Passos e beneficiário o apelado, exige que a invalidez seja permanente e total, *permissa venia*, o que só poderia ser avaliado em ação de conhecimento.

É que a execução não se presta a declarar o direito, mas tão-somente a dar efetividade a um direito já certo, através de meios coercitivos, de índole não contraditória.

Assim, não vejo como possa prosperar a execução, já que a prova da incapacidade necessária para recebimento da indenização, demanda, neste caso, instrução probatória de maior envergadura, com ampla discussão acerca da cláusula contratual acima referenciada, para que possa ser aferido se o segurado faz jus ao direito perseguido, o que se mostra incabível no âmbito de um processo executivo, em que não se praticam atos de cognição, restando, pois, evidenciada a necessidade de processo de conhecimento.

E nem se diga que a incapacidade do exeqüente já estava previamente demonstrada, pelo fato de ter obtido aposentadoria perante o INSS, já que esta não vincula o Juízo, tendo em conta o seu caráter protetivo/assistencial.

Dessa forma, ante a inexistência de uma de suas condições essenciais, qual seja a exigibilidade do título, nula a execução intentada, a teor do art. 618, inciso I, do diploma instrumental.

Nesse sentido, vem decidindo a jurisprudência:

> Execução de título extrajudicial. Seguro de vida. Indeferimento da inicial. Questionamento acerca da documentação hábil. Recurso improvido.
> - 1. O inciso III do artigo 585 do Código de Processo Civil reconhece como título executivo extrajudicial o contrato de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade. O título aludido não se restringe à apólice, mas deve acompanhar a documentação hábil comprobatória da morte ou incapacidade.
> - 2. Quando a caracterização da incapacidade, fato gerador do direito invocado, está a depender da produção de provas, impõe reconhecer a insuficiência de título a ensejar execução (Tribunal de Alçada do Paraná, Apelação Cível - 148677700 - Rel. Juiz Miguel Pessoa - Sétima Câmara Cível - j. em 18.09.00 - Ac.: 11481 - pub. 29.09.00).
>
> Ementa: Embargos do devedor. Contrato de seguro. Invalidez total e permanente. Discussão de cláusulas. Descaracterização da liquidez, certeza e exigibilidade. - Se o contrato de seguro demanda discussão sobre suas cláusulas, não está ele apto a ensejar a ação de execução, por lhe faltarem os atributos de liquidez, certeza e exigibilidade, levando à extinção do processo executivo (TAMG, Apelação Cível nº 418.449-0, Sexta Câmara Civil, Relatora Juíza Heloísa Combat, j. em 11.03.04).
>
> Embargos. Execução. Contrato de seguro. Título executivo extrajudicial. Art. 585, III, do CPC. Impossibilidade de discussão das condições e cláusulas do contrato. Ausência de título hábil à execução. - O contrato de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade é título executivo extrajudicial, segundo estabelece o art. 585, III, do CPC, mas desde que não se faça necessário discutir as condições e cláusulas do contrato de seguro, porque tal discussão retira do título a liquidez, certeza e exigibilidade, pressupostos indispensáveis para a admissibilidade de qualquer execução (TAMG - Apelação Cível nº 287.290-0 - (330757) - 3ª C.Cív. - Rel. Juiz Edilson Fernandes - j. em 10.09.99).

Assim, por não ensejar o título exeqüendo o manejo de ação de execução forçada (CPC, art. 618, I), não há como prevalecer a r. sentença atacada.

Com essas considerações, e de ofício, decreto a extinção do processo, prejudicado o recurso de apelação, condenando o requerente ao pagamento das custas processuais e recursais, além dos honorários do procurador do autor, que arbitro em R$ 1.000,00, suspensa a exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Antônio de Pádua* e *Osmando Almeida*.

*Súmula* - DE OFÍCIO, DECRETARAM A EXTINÇÃO DO PROCESSO.

-:::-

**RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL - FURTO DE VEÍCULO - ESTACIONAMENTO - CENTRAIS DE ABASTECIMENTO - DEVER DE INDENIZAR**

**Ementa: Ação de indenização. Furto de veículo. Estacionamento da empresa (Ceasa). Responsabilidade civil.**

**- Mesmo que o serviço de estacionamento de veículos seja gratuito, de mera cortesia, não pode a empresa, a despeito de se tratar de um centro de abastecimento como a Ceasa, eximir-se da responsabilidade pela guarda, que emerge exatamente do serviço complementar assim prestado àqueles que o buscam em razão da comodidade que propicia.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0079.04.121793-0/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Ceasa - Centrais de Abastecimento de Minas Gerais S.A. - Apelado: Júlio Bonifácio Amorim - 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, 8 de junho de 2006. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Valdez Leite Machado* - Júlio Bonifácio Amorim propôs ação de indenização contra Ceasa - Centrais de Abastecimento de Minas Gerais S.A., alegando, em síntese, que é proprietário e possuidor da camioneta Chevrolet D-20, diesel, 1988/1989, vermelha, placa VNT-4997, chassi 9BG244NNKJC006179.

Aduz que, apesar de ser aposentado, trabalha no veículo como carreteiro, prestando serviços a diversas empresas e comerciantes estabelecidos na Ceasa, utilizando o estacionamento desta.

Afirma que, no dia 17.01.04, por volta das 09h53min, enquanto conferia mercadorias, fora comunicado que seu veículo, que estava estacionado e devidamente trancado, no interior do estacionamento da Ceasa, conforme Credencial Villefort e respectivo cupom, havia sido furtado.

Entende o autor que o veículo jamais poderia ter sido retirado do estacionamento, sem a apresentação do respectivo cartão, o qual não foi deixado dentro do veículo, encontrando-se ainda na posse do mesmo.

Regularmente citada, a ré contestou, aduzindo, depois de discorrer sobre o seu objeto e funcionamento, estar isenta de qualquer responsabilidade pelo ocorrido.

Alega que, ao promover a comercialização de centenas de toneladas de alimentos, viabiliza a entrada de veículos e pessoas em suas dependências e não o faz com o intuito de lucro, nem tampouco assume compromissos de vigiar e guardar veículos. Diz que a Ceasa não oferece estacionamento próprio para cliente, procurando apenas fazer controle de entrada e saída de veículos em sua área interna, com o fim de estabelecer estatística de presença dos usuários produtores, consumidores e comerciantes; que, quanto à garantia existente no local, destina-se a controle de entrada de mercadorias, e não de veículos e/ou pessoas.

Assevera que o cartão que o requerente anexou aos autos não faz prova do furto; a utilização do mesmo é para fins meramente estatísticos, não se destinando ao controle da entrada e saída deste ou daquele veículo, mas da quantidade de veículos grandes e pequenos, não se destinando também à guarda ou vigilância de veículos, pois nem sequer consta qualquer identificação, como placa, marca, cor, etc.

Com referência ao pedido de indenização, aduz ser pacífica na doutrina e na jurisprudência a impossibilidade de ressarcimento de danos, uma vez que não há prova do nexo de causalidade entre o ato ilícito, o furto e a cessação dos lucros, que alega ter deixado de obter.

Conclui afirmando que, para que se configure o dano material, necessário que o autor demonstre de forma cabal o valor pedido, através de documento hábil. E, compulsando-se os autos, verifica-se que o requerente não se desincumbiu dessa tarefa, o que torna impossível fixar um valor indenizatório.

Às f. 126-130 sobreveio aos autos a r. sentença, onde o ilustre Juiz *a quo* julgou o pedido inicial parcialmente procedente, para condenar a ré a indenizar o autor tão-somente no valor do veículo furtado, a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

Em razão da sucumbência recíproca, condenou ambas as partes a suportarem o valor das despesas processuais, meio a meio para cada uma. Determinou à ré que pague honorários advocatícios aos advogados do autor, que fixou em 20% sobre o valor da condenação, corrigidos monetariamente a partir da data de publicação da sentença que homologar o cálculo; determinando, outrossim, que o autor pague aos patronos da ré honorários no *quantum* de R$ 2.000,00, corrigidos monetariamente a partir da data de publicação da sentença. Determinou, ainda, que ambos os honorários sejam corrigidos pela tabela da Corregedoria de Justiça e que fique suspensa a cobrança das verbas sucumbenciais do autor, enquanto durar o seu alegado estado de pobreza, por estar sob o pálio da assistência judiciária.

Inconformada com a r. sentença, a ré dela apelou, alegando, em resumo, que a apelante não se enquadra na definição de fornecedora de serviços de estacionamento e, tampouco, tem um complexo comercial. Logo, os fatos que acontecem no interior do mercado em nada vinculam a recorrente. Alega que, ao agir dessa forma, condenando a apelante, tal como se fosse fornecedora de serviços de estacionamento e/ou criadora de um complexo comercial, o douto Magistrado de primeiro grau equiparou a recorrente a um *shopping center*, desvirtuando totalmente os objetivos da recorrente, explicitados na Lei Estadual 5.577/70, Estatuto e Decreto-lei 271/67, motivo pelo qual deverá ser reformada a sentença.

Ressalta que a relação comercial que se estabelece no mercado se dá entre cada comerciante e terceiros, sejam eles supermercados, sacolões, mercearias e pessoas físicas. Assim, segundo afirma, a recorrente não estabeleceu relação comercial ou de consumo com o recorrido ou qualquer outro cidadão, nem poderia fazê-lo, porque está impedida estatutariamente e legalmente, o que pode ser visto, analisando o estatuto, a lei e o decreto acima mencionado.

Afirma que forçar uma interpretação extensiva, obrigando a apelante a se responsabilizar por um furto ocorrido em via considerada pública, porque o Magistrado monocrático acredita que ela mantém e administra um estacionamento, segundo a apelante, é um abuso que merece ser reparado de plano, pois afronta o art. 5º da Constituição Federal.

Diz que, mesmo no caso de culpa da apelante, a indenização só seria devida se fosse demonstrado o efetivo prejuízo material causado ao recorrido, visto que não se pode admitir que o furto de um veículo com quase 20 anos de uso possa gerar enriquecimento ilícito.

Quanto à culpa concorrente, citando jurisprudência sobre a matéria, entende a recorrente que, tendo em vista a concorrência de culpa, deve-se excluir a obrigação de indenizar.

Por fim, após tecer outros comentários sobre a sentença hostilizada, refutando as argumentações do Sentenciante, pediu seja o presente recurso de apelação recebido na forma da lei, para ao final ver a sentença recorrida reformada, afastando a condenação nos danos materiais; e que, em um primeiro momento, se conheça e se decida a alegação da questão federal pedida nesse recurso, qual seja ofensa direta ao

art. 5º da Constituição da República - princípio do devido processo legal, Lei Estadual 5.577/70, que institui as Centrais de Abastecimento de Minas Gerais, do Decreto-lei 271/67, que instituiu o Termo de Concessão de Direito Real de Uso-TCRU, ofensa aos artigos 267, I, 295, II, 301, VIII; e 333, I, todos do CPC; ofensa aos artigos 186 e 627 do Código Civil.

Requer ainda, caso haja o entendimento de que a condenação por danos materiais seja legítima, que o valor da condenação seja reduzido a valores adequados a um veículo com quase 20 anos de uso, reduzindo-se também os honorários advocatícios para o patamar de 10%. Pede que seja revogada a dispensa de o apelado pagar verbas sucumbenciais, já que o pagamento ocorrerá em época futura.

Às f. 147-149 vieram aos autos as contra-razões do apelado, que, depois de refutar as alegações da apelante, pediu o não-provimento do recurso, com a conseqüente manutenção da sentença recorrida.

O recurso é próprio, tempestivo, foi devidamente preparado e contra-arrazoado; por isso, estando presentes todos os pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

A meu ver, a r. sentença hostilizada deve ser mantida, pelas razões seguintes:

Inicialmente, sobre a prova do furto do veículo do estacionamento da Ceasa, entendo que tal fato está indubitavelmente demonstrado, não só pelo boletim de ocorrência, mas principalmente pelo cartão entregue ao recorrido quando adentrou ao estacionamento (f. 10), em harmonia com as demais provas dos autos, inclusive com a prova oral produzida.

Com referência à responsabilidade da apelante pelo furto ocorrido e dever de indenizar, conforme entendeu o Julgador monocrático, dúvida também não tenho quanto ao direito do apelado à indenização, pois, apesar de não ser pago o estacionamento, grande é o benefício da empresa com a manutenção do mesmo.

Alega a apelante não ser beneficiada pelo estacionamento, por não explorar diretamente as atividades comerciais do local; todavia, inevitável se concluir que enorme seria o seu prejuízo se um empreendimento da magnitude da Ceasa ficasse às moscas, isto é, sem produtores rurais, sem comerciantes e sem empresários, o que provavelmente ocorreria se não houvesse naquele local um estacionamento. Dessa forma, por ser o referido centro de abastecimento uma empresa de economia mista, dependendo de lucro para sobreviver, se isso acontecesse, ou seja, se ficasse sem movimento, fatalmente teria que encerrar as suas atividades.

Diante disso, entendo merecer a apelante idêntico tratamento pela doutrina e jurisprudência dispensado a *shopping center*, bancos e outros estabelecimentos sobre a matéria, no sentido de que são estes responsáveis por furtos ocorridos em seus estacionamentos, a despeito da gratuidade deste serviço.

É da jurisprudência:

> Responsabilidade civil. Estacionamento. Supermercado. Furto. - Ante o interesse da empresa em dispor de estacionamento para angariar clientela, é de presumir-se seu dever de guarda dos veículos ali estacionados, sendo indenizável o prejuízo decorrente de furto. Recurso especial conhecido pelo dissídio, porém desprovido (REsp 10.962 - RJ - 3ª T - j. em 26.08.91 - Rel. Min. Cláudio Santos - *DJU* de 26.08.91 - *RT* 678/215).
>
> Há responsabilidade civil do *shopping center* por furto de veículo ocorrido em seu estacionamento, pois, destinando área para tal finalidade com o intuito de atrair clientela, o estabelecimento assume o dever de vigilância, pouco importando que, no sentido direto, não haja contraprestação pecuniária pelo respectivo uso ou que não seja utilizado o sistema de entrega de comprovante de estacionamento (TJSP - 5ª Câmara - Ap. 119.998-1 - Rel. Des. Márcio Bonilha - j. em 23.03.90 - *RT* 655/78).
>
> Mesmo que o serviço de estacionamento de veículos seja gratuito, de mera cortesia, não pode o estabelecimento bancário se eximir da responsabilidade pela guarda, que emerge

exatamente do serviço complementar assim prestado àqueles que o buscam, em razão da comodidade que propicia (TJSP - 3ª Câmara - Ap. 132.539-1 - Rel. Des. Flávio Pinheiro - j. em 11.12.90 - *RT* 672/100).

Portanto, deve o *decisum* que condenou a apelante a indenizar o apelado em importância equivalente ao valor do veículo furtado ser mantido, não trazendo nenhum dos dispositivos citados pela apelante, por outro lado, lei estadual, decreto-lei, estatuto da empresa, dispositivos processuais e mesmo constitucional, absolutamente nada que possa elidir o direito do autor, ora apelado, de receber a indenização mencionada.

No que concerne ao *quantum* do valor da indenização, que a apelante pede seja reduzido, como se observa da respeitável sentença proferida pelo Juiz singular, determinou o Sentenciante que seja o valor da indenização apurado em liquidação, mediante arbitramento. Assim, antes que se apure o referido valor, não há como se falar em redução do valor da indenização, não havendo também que se cogitar de redução dos honorários advocatícios a serem pagos pela apelante aos advogados do apelado, visto que, a meu sentir, foram arbitrados atendendo-se às diretrizes de nossa lei adjetiva e peculiaridades do caso examinado. Motivo da mesma forma não há para se revogarem os benefícios da assistência judiciária concedidos ao apelado, visto que não trouxe a recorrente para os autos qualquer elemento que demonstre alteração na situação financeira do autor que autorize a se afirmar ter o mesmo condições de pagar honorários e as custas do processo, sem prejuízo do sustento seu e de sua família.

Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso, mantendo *in totum* a r. sentença recorrida, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Dídimo Inocêncio de Paula* e *Elias Camilo*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**AÇÃO DE COBRANÇA - PREVIDÊNCIA PRIVADA - DESLIGAMENTO DE EMPREGADO - RESERVA DE POUPANÇA - RESTITUIÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - INCIDÊNCIA - PRESCRIÇÃO - ARTS. 2.028 DO CÓDIGO CIVIL/2002 E 177 DO CÓDIGO CIVIL/1916 - APLICABILIDADE**

**Ementa: Apelação. Ação ordinária. Restituição de saldo de reserva de poupança. Entidade privada de previdência. Prescrição. Direito pessoal. Saldo de contribuições. Critério de correção monetária. Incidência do IPC, posteriormente substituído pelo INPC. Possibilidade. Expurgos inflacionários. Aplicabilidade. Índices aplicáveis. Súmula 252.**

**- Em sede de pedido de pagamento da correção monetária incidente sobre restituição de valor pago a título de contribuição de previdência complementar, decorrente do desligamento do empregado/participante, a prescrição aplicável é a prevista para as ações de cunho pessoal, não havendo que se falar na aplicação da Súmula 291 do STJ, bem como do art. 75 da LC 109/01, porquanto o que se requer não é o pagamento de parcela de previdência privada propriamente dita, com característica alimentar e de trato sucessivo, mas sim atualização monetária não incluída na restituição de valores referentes à contribuição para o fundo de previdência.**

**- Tendo sido a presente ação proposta enquanto já vigente o novo Código Civil, é de se aplicar a regra de transição inserta no artigo 2.028 desse diploma legal, aplicando-se o prazo da lei anterior na hipótese de decurso de mais da metade do prazo ali previsto quando da entrada em vigor da novel legislação.**

**- Em caso de desligamento, devem ser restituídas ao associado as importâncias com as quais contribuiu para a entidade, corrigidas por fatores que efetivamente recomponham a desvalorização sofrida pelo numerário, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. A correção monetária representa mero instrumento de atualização da moeda, não trazendo qualquer *plus* ao débito, razão pela qual deve incidir mediante aplicação de índice que reflita a real desvalorização da moeda, incluindo-se aí os expurgos inflacionários do período.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.390082-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Previminas - Fundação de Seguridade Social de Minas Gerais - Apelados: Ângela Maria Silveira Cândido e outros - Relator: Des. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2006. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Dídimo Inocêncio de Paula* - Ataca a apelante a r. sentença de f. 245/249, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG, nos autos da ação ordinária de cobrança aforada por Ângela Maria Silveira Cândido e outros contra Previminas - Fundação de Seguridade Social de Minas Gerais.

Pretende a recorrente a reforma do r. *decisum*, que a condenou ao pagamento das diferenças de correção monetária relativa à atualização e resgate de sua reserva de poupança, conforme os índices discriminados na inicial, valores que devem ser apurados em liquidação de sentença.

Aduz na apelação de f. 270/280, preliminarmente, a prescrição, ao argumento de que o art. 75 da Lei Complementar 109/01 diz ser ela qüinqüenal, bem como a Súmula 291 do STJ. No mérito, aduz, em síntese: que a correção foi feita em conformidade com o regulamento da instituição ao qual os apelados aderiram; que, no Estatuto, bem como no regulamento, não está determinado o IPC como índice; tece comentários acerca das conseqüências da incidência dos expurgos na hipótese, especialmente o desequilíbrio nas contas da instituição; ao final, insurge-se contra os índices pretendidos pelos autores, alegando, em alusão ao princípio da eventualidade, serem devidos apenas os índices referentes a fevereito/89 (16,64) e abril/90 (44,08), conforme Lei Complementar 110/01.

Recurso respondido.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto tempestivo, estando presentes os demais pressupostos de sua admissibilidade.

No que tange à preliminar de mérito, registro que a alegada prescrição do direito de ação deverá ser afastada, por não aplicável à espécie.

Pretendem os autores, através do manejo da presente ação, o recebimento do importe decorrente da necessária aplicação da correção monetária às parcelas por eles pagas a título de contribuição de previdência privada, restituídas quando de seu desligamento do plano de previdência administrado pela ré.

A meu ver, não se pode acolher a preliminar de prescrição, considerando ser ela qüinqüenal, consoante se verá a seguir.

Após o exame cuidadoso da matéria, tenho que a prescrição aplicável na espécie não é a qüinqüenal, uma vez que, *data venia*, inaplicável o disposto no art. 75 da Lei Complementar 109/01, bem como a Súmula 291 do STJ.

Isso porque, *in casu*, não se está a pretender a restituição de parcela de previdência privada propriamente dita, com característica alimentar e de trato sucessivo, mas sim valores referentes à devolução da contribuição para o fundo de previdência administrado pela suplicada, o que não se teria dado de forma integral após o desligamento dos autores.

Também inaplicável à espécie qualquer uma das hipóteses elencadas no artigo 178, § 10, do Código Civil/1916, por tratar o pedido de cobrança de correção monetária, referindo-se tão-somente à atualização monetária que deixou de ser computada na devolução do crédito dos apelados.

Nesse caso, ante a natureza pessoal da ação, aplicável é a prescrição vintenária prevista no artigo 177 do Código Civil de 1916, atualmente reduzida para 10 anos pelo NCC.

Segundo Washington Monteiro (*Curso de Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1º 1990, v. 1, p. 304), "ações pessoais são as que tendem a exigir o cumprimento de uma obrigação".

Nesse sentido decidiu o TJRS:

> Apelação cível. Previdência privada. Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil. Previ. Resgate da reserva de poupança.
> - Julgamento *ultra petita* reconhecido, porquanto não veio a ser requerida pela autora a diferença relativa ao mês de janeiro de 1997, o que se exclui do decisório. Prescrição qüinqüenal afastada, porquanto a pretensão veiculada não abarca prestações previdenciárias, e sim de cobrança. Mérito do apelo veiculado que se constitui em cópia da contestação ofertada. Ausência de insurgência pontual. Não-conhecimento das razões no tópico.
> - Apelo conhecido em parte ao efeito de acolher a prefacial de julgamento *extra petita* e afastar a preliminar de prescrição qüinqüenal (TJRS, Ap 70006781900, 5ª C. Cív. Rel. Des. Antônio Vinícius Amaro da Silveira, j. em 18.12.2003).

No mesmo sentido este Tribunal de Justiça:

Fundação de assistência. Devolução de cotas. Correção. Expurgos. Prescrição. Recálculo de cotas.
- Tratando-se de direito pessoal, a prescrição é vintenária.
- Os expurgos inflacionários devem incidir sobre a correção das cotas, conforme entendimento dos tribunais superiores.
- A incidência dos expurgos deve ocorrer, a partir de sua exclusão, sobre o valor das cotas, e não, apenas, a partir da devolução delas ao cotista.
- O recálculo do valor das cotas, por referir-se, apenas, à correção monetária, que é de lei, independe de pedido expresso da parte nesse sentido (TJMG - 5ª Câmara Cível, Ap. 378.090-3, Rel. Juiz Armando Freire, j. em 06.02.2003, unânime).

Ementa: Seguridade social. Previdência privada. Correção monetária. Expurgos inflacionários. Prescrição.
- O prazo prescricional para o direito a receber diferenças de correção monetária é de vinte anos, conforme a regra do artigo 177 do Código Civil.
- A correção monetária, como mero atualizador da moeda, incide sobre todos os fenômenos econômicos, não podendo ser excluída através de medidas espúrias como os denominados 'expurgos inflacionários' propalados pelo governo federal em manifesto ato originado na ideologia da força (TJMG - 6ª Câmara Cível, Ap. 325.030-0, Rel. Juiz Dárcio Lopardi Mendes, j. em 26.04.2001, unânime).

Reserva de poupança. Devolução pela previdência privada. Alegação de prescrição que se refuta. Prejuízos flagrantes. Correção monetária que deve ser plena para a recuperação do poder da moeda da época em que o pagamento deveria haver sido feito. Normas internas da previdência privada que são descartadas.
- 1. A prescrição para a pretensão ao recebimento da correção monetária plena para a devolução de reserva de poupança pela Previdência Privada somente se consuma ao cabo de 20 anos, pois o direito é pessoal e, para ele, é o que estipula o art. 177 do CCB da época respectiva.
- 2. Reputa-se flagrante o prejuízo do ex-empregado ante a confirmação da entidade de previdência privada de que só pagou a ele a correção prevista nas normas internas, as quais são descartáveis por não-recuperação do poder de aquisição da época.

> - 3. E, por isso mesmo, na forma de assentada jurisprudência neste Tribunal e no STJ, a correção deve ser plena, com a incidência dos expurgos inflacionários utilizados para todo e qualquer outro direito, pois as normas internas são impotentes para isso e a correção é mera atualização, não representando qualquer ganho por parte do ex-empregado.
> - 4. Apelo da entidade privada a que se nega provimento (TJMG, 5ª Câmara Cível, Ap. 392.647-4, Rel. Juiz Francisco Kupidlowski, j. em 22.05.2003).

Em relação ao diploma legal a incidir na presente hipótese, tenho que a regra prescricional a ser aplicada é aquela contida no CC/1916.

Ora, a ação em tela foi proposta em 05.07.2004 (f. 95), ou seja, já na vigência do novo Código Civil, fazendo-se mister, portanto, para fins de exame da prescrição do direito dos requerentes, a observância da regra de transição contida no art. 2.028 do NCC, que tem a seguinte dicção: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

Nesse tempo, resta claro que tem aplicação ao caso a norma inserta ainda no CC/1916, já que, quando da entrada em vigor do CC/2002, em 11 de janeiro de 2003, havia transcorrido já mais da metade do prazo prescricional aplicável pela lei revogada, considerando como termo inicial a data do desligamento dos contribuintes, que se deu no ano de 1991, sendo o prazo prescricional, por conseguinte, de vinte anos.

Assim, sendo, insofismavelmente, a obrigação aqui discutida inerente a direito pessoal, cujo lapso temporal, de vinte anos, ainda não havia transcorrido no momento do manejo desta ação, rejeito a presente preliminar.

No mérito, tem-se que a correção monetária foi criada para solucionar os efeitos da inflação e não passa de um mero instrumento de atualização do valor real da moeda; assim, sabe-se hoje que é aplicável em todas as circunstâncias, até mesmo quando haja disposição contratual excluindo sua incidência.

Sua aplicação, em verdade, tem contornos até mesmo de ordem ética, moral e jurídica, como se vê do entendimento de nossas Cortes, notadamente do colendo STJ, inquestionavelmente, o guardião da lei federal:

> Consoante reiteradamente afirmado pela Corte, não constituindo um *plus*, mas mera atualização da moeda aviltada pela inflação, a correção monetária se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético para coibir o enriquecimento sem causa (*in RSTJ* 23/207, 38/125 e *RT* 673/178).

Com efeito, o recebimento do valor atualizado pela correção monetária não implica aumento do capital, somente corresponde ao que é devido de forma atualizada. Assim, não há valor agregado ao principal, mas apenas a conservação do seu poder aquisitivo.

Isso porque não se deve perder de vista que a correção do valor nominal da moeda não é, afinal, mais do que o próprio valor da dívida atualizada; nada acrescenta; não representa sanção ou sobrecarga, razão pela qual também não há falar em afronta ao princípio *pacta sunt servanda* e ao ato jurídico perfeito.

É de se ressaltar que, iterativamente, tenho afirmado que a correção monetária não é um *plus*. Em verdade, ela é mero instrumento de defesa da higidez da capacidade aquisitiva.

Com sua proverbial competência dilucida o sempre mestre Pontes de Miranda:

> ... as correções do valor monetário de modo nenhum são causas de rentabilidade. A expressão 'correção monetária' é elíptica. Não é a moeda que se corrige; é o valor da moeda. Mais precisamente: corrige-se o valor das dívidas ou das promessas em moeda, para que o valor, não corrigido, da moeda, deixe de ser nocivo às relações jurídicas entre devedores ou promitentes e credores ou promissários (*Tratado de Direito Privado*, v. 50, p. 481 e segs.).

*In casu*, reside a controvérsia em incluir nos créditos dos autores perante a ré, ora apelante, os "expurgos inflacionários" praticados pelo governo nos períodos mencionados na exordial, fatos incontroversos nos autos, pois admitido pela apelante e inadmissível no ordenamento jurídico vigente, que, definitivamente, até mesmo por princípio constitucional, afasta o enriquecimento ilícito.

Nesse sentido a jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada:

> Ementa: Processo Civil. Liquidação de sentença. Correção monetária. Expurgos inflacionários. Inclusão *ex officio*. Atualização do débito. Preservação do poder aquisitivo da moeda. - A correção monetária destina-se a manter atualizado o *quantum* devido e a preservar o valor aquisitivo da moeda, pelo que deve ser incluída nos cálculos de débitos judiciais, ainda que em fase de liquidação de sentença que não a tenha contemplado expressamente. 'O divulgado IPC de janeiro/89 (70,28%), considerados a forma atípica e anômala com que obtido e o flagrante descompasso com os demais índices, não refletiu a real oscilação inflacionária verificada no período, melhor se prestando a retratar tal variação o percentual de 42,72%, a incidir nas atualizações monetárias em sede de procedimento liquidatório' (*RJTAMG*, v. 54-55, p. 557). Em embargos à execução, os honorários advocatícios devem ser arbitrados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, pois trata-se de ação desconstitutiva, ou constitutiva de efeitos negativos, pelo que não há condenação (TAMG, Apelação Cível 325.775-4, Rel. Juiz Wander Marotta, j. em 20.12.2000).
>
> Ementa: Embargos à execução da sentença. Decisão do processo de conhecimento que definiu o valor do débito. Ação de execução de sentença. Embargos. Possibilidade de discussão ampla. Inclusão dos expurgos inflacionários, ainda que não mencionados pelas partes. Questão de ajustamento dos valores à realidade inflacionária da época. Evitabilidade do enriquecimento sem causa. Recursos improvidos. - A decisão monocrática coloca-se conforme a mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e realmente tratando a inclusão dos expurgos inflacionários de mera forma de acertamento dos valores devidos com a realidade inflacionária da época, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, até mesmo porque os embargos à execução são exatamente o meio processual cabível para se reabrir a discussão meritual que envolve os valores devidos entre as partes, sob pena de, não tratada a questão, operar-se aquela estabilização da lide (Apelação Cível nº 321921-0, Rel. Juiz Dorival Guimarães Pereira, j. em 14.02.2001).
>
> Ementa: Liquidação de sentença. Correção monetária. Inclusão dos expurgos inflacionários. Possibilidade. - O fato de não ter a sentença determinado a inclusão dos expurgos inflacionários nos cálculos da correção monetária não impede que assim se faça na fase de liqüidação. A incidência da correção monetária deve ser entendida de maneira abrangente, nela incluídos todos os índices expurgados pelo governo, pois, se assim não o for, estará o devedor pagando a menor, o que é inadmissível ante o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa (TAMG, Agravo de Instrumento 318.229-6, Rel. Juiz Antônio Carlos Cruvinel, j. em 28.09.2000).
>
> Ementa: Agravo de instrumento. Precatório complementar. Expurgos inflacionários. Não-previsão na sentença ou no acórdão. Possibilidade de inclusão. Inexistência de ofensa à coisa julgada. - Está pacificado o entendimento de que a inclusão dos índices dos chamados 'expurgos inflacionários' não ofende a coisa julgada, por se tratar de mera aplicação de índices de correção monetária, sendo possível a expedição de precatório complementar para incidência dos referidos expurgos, pois não consistem em inovação do ato sentencial, já que a correção monetária não representa um *plus*, prestando-se, apenas, a recompor o valor nominal da moeda corroído pela inflação (Agravo de Instrumento nº 317.720-4 , Rel. Juiz Edilson Fernandes, j. em 22.11.2000).

Necessário considerar, portanto, que a correção monetária não constitui um acréscimo que se adiciona ao valor poupado, servindo tão-somente para reposição de uma perda imposta a esse valor, por força do processo inflacionário, evitando-se, assim, a redução do poder aquisitivo da moeda.

Mesmo que se caracterize como uma entidade de previdência privada, é seu dever

submeter-se ao ordenamento jurídico vigente e, assim, corrigir as contribuições dos empregados, adotando o índice de correção monetária que realmente reponha a corrosão da moeda, que, de outra forma, incidirá negativamente nos valores unitários das cotas dos participantes, quando da devolução das contribuições, como se observou nos autos.

Nesse sentido:

> Devolução de parcelas pagas. Correção monetária. Diferenças devidas. Recurso não provido.
> - 1. A correção monetária é um múnus que se evita ao invés de um *plus* que se adiciona. Em conseqüência, deve ser completa para não lesar o patrimônio do credor desconsiderando-se os expurgos estabelecidos irregularmente pelos burocratas da administração federal.
> - 2. Comprovado que a gestora de plano de previdência privada restituiu importância menor do que a devida ao segurado desligado, é devida a diferença reclamada.
> - 3. Apelação conhecida e não provida (TAMG - 2ª Câmara Cível, Ap. 304.228-0, Rel. Juiz Caetano Levi Lopes, j. em 09.05.2000, unânime).
>
> Ementa: Previdência privada. Cobrança. Correção monetária. Diferença. Expurgos inflacionários. Falta de previsão autuarial.
> - Aquele que adere ao plano de previdência privada instituído pela Fundação Bemge de Seguridade Social, ao deixar o emprego e ser reembolsado das contribuições pagas, tem direito à correção monetária plena incidente sobre o valor recebido. A inexistência de previsão autuarial não constitui obstáculo para o exercício desse direito.
> - Recurso improvido (TAMG - 2ª Câmara Cível, Ap. 327.084-6, Rel. Juiz Manuel Saramago, j. em 20.02.2001).
>
> Apelação cível. Ação ordinária. Cobrança. Reajuste monetário. Expurgos inflacionários. Plano de previdência privada. Contribuições. Pagamento. Legalidade.
> - É devida a diferença da correção monetária, visando estabelecer no tempo o valor real das contribuições previdenciárias, através de reajuste do seu valor nominal.
> - Não pode a entidade esquivar-se de tais encargos, a pretexto de fatos econômicos que tornaram, momentaneamente, inviável a incidência da correção, sob pena de se prestigiar o enriquecimento sem causa (TAMG - 6ª Câmara Cível, Ap. 319.411-8, Rel. Juiz Belizário Lacerda, j. em 08.03.2001, unânime).
>
> Cobrança. Previdência privada. Reserva de poupança. Atualização dos cálculos. Índice de correção monetária. Expurgos inflacionários. *An debeatur*. Pedido julgado procedente. - No caso de desligamento do empregado, a restituição das importâncias com as quais pessoalmente contribuiu à entidade de previdência complementar deve ser feita com correção monetária plena, por fatores de atualização que recomponham a efetiva desvalorização da moeda nacional, que é dado pelo IPC-IBGE, incluindo os expurgos inflacionários (TAMG - 3ª Câmara Cível, Ap. 345.624-8, Rel. Juiz Edilson Fernandes, j. em 31.10.2001, unânime).

Tal entendimento está em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, acerca da matéria, no sentido de que:

> ... Firmou o Superior Tribunal de Justiça que, no caso de desligamento do empregado, a restituição das importâncias com as quais pessoalmente contribuiu à entidade de previdência complementar deve ser feita com correção monetária por fatores de atualização que recomponham a efetiva desvalorização da moeda nacional. (REsp. 219677/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* de 12.02.2001).

Certo é que, ocorrendo o desligamento do segurado, este adquire o direito ao recebimento ou resgate da reserva de poupança corrigida monetariamente, conforme se apurar em liquidação de sentença.

Em relação aos expurgos inflacionários, é de se ver que devem ser computados para fins de garantir a ampla correção do débito, na esteira do que já foi retroafirmado e consoante venho reiteradamente decidindo.

Ressalte-se que os expurgos já se encontram incluídos nos índices requeridos na exordial e estão de pleno acordo com a jurisprudência do STJ, salvo aquele atinente ao mês de junho de 1987, que deve ser reduzido ao percentual de 18,02, conforme Súmula 252 do STJ.

Neste sentido:

> Agravo regimental. Agravo de instrumento. Resgate de contribuições de plano de previdência privada. Correção monetária.
> - 1. A incidência do IPC independe de previsão contratual, uma vez que 'a restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda' (Súmula nº 289/STJ).
> - 2. A Segunda Seção tem entendimento assente no sentido de que, no cálculo da correção monetária dos valores resgatados pelos associados a plano de previdência privada, quando do seu desligamento, incluem-se os denominados 'expurgos inflacionários', ainda que o estatuto da entidade disponha de forma diversa.
> - 3. Agravo regimental improvido (Agr. Reg. no Agr. Instr. nº 614985/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* de 1º.02.2005).

> Processual Civil. Repetição de indébito. Execução de sentença. Correção monetária. Inclusão dos expurgos inflacionários. Índices do IPC de janeiro/89 (42,72%), março/90 (84,32%), abril/90 (44,80%), maio/90 (7,87%) e fevereiro/91 (21,87%).
> - A jurisprudência pacífica deste Tribunal vem decidindo pela aplicação dos índices referentes ao IPC, para atualização dos cálculos relativos a débitos ou créditos tributários, referentes aos meses indicados.
> - Recurso não conhecido (STJ - REsp. 182.626/SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - *DJU* de 30.10.2000 - p. 140).

Também o seguinte julgado deste Tribunal, que ora transcrevo:

> Previdência privada. Cessação do contrato de trabalho. Devolução das contribuições. Correção monetária. Expurgos inflacionários.
> - O associado de fundação de assistência e previdência privada tem direito, por ocasião do rompimento do contrato de trabalho, ao recebimento das parcelas que pagou, atualizadas monetariamente pelo índice que mais fielmente reflita a recomposição da real expressão da moeda, com a inclusão, na conta de liquidação, dos chamados 'expurgos inflacionários' que tenham sido excluídos a cada plano econômico do Governo Federal.
> - 'A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda' (Súmula 289 do STJ).
> Os índices integrais a serem aplicados no cálculo de correção monetária, incluídos os 'expurgos inflacionários', de acordo com a orientação da jurisprudência, são de 26,06% em junho de 1987, 42,72% em janeiro de 1989, 10,14% em fevereiro de 1989, 84,32% em março de 1990, 44,80% em abril de 1990, 7,87% em maio de 1990, 21,87% em fevereiro de 1991 e 11,79% em março de 1991 (TJMG, 11ª Câmara Cível, Ap. 429.722-1, Rel. Des. Maurício Barros, j. em 04.08.2004).

E não se argumente seja aplicável à espécie a Lei Complementar 110/01, uma vez que ela se refere, exclusivamente, ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e não se aplica à hipótese dos autos.

Diante de todo o exposto, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso somente para o fim de alterar o índice de junho de 1987 para o percentual de 18,02, conforme previsto na Súmula 252 do STJ; no mais, mantenho a r. sentença.

Custas, pela apelante

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Elias Camilo* e *Heloísa Combat.*

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

**AÇÃO DE COBRANÇA - PLANO DE SAÚDE - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES - PARTO PREMATURO - RECÉM-NASCIDO - RISCO DE VIDA - EMERGÊNCIA - PERÍODO DE CARÊNCIA - PRINCÍPIO DA INEXIGIBILIDADE - FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - BOA-FÉ OBJETIVA**

**Ementa: Relação de consumo. Função social do contrato. Prestação de serviços médicos. Parto prematuro. Risco de vida do recém-nascido. Atendimento de emergência. Exigência de carência. Impossibilidade. Inadimplemento do dever anexo de cooperação e proteção.**

**- O contrato deve ser visto em razão de sua função social, não mais sendo atribuído primado absoluto à autonomia da vontade.**

**- Para os casos de urgência e emergência, não pode o plano de saúde exigir o cumprimento de prazo de carência ou impor limitações, devendo o atendimento ser amplo e irrestrito, até que cesse o risco de vida do usuário.**

**- A boa-fé objetiva, como cláusula geral, integra os contratos de consumo, adicionando-lhes deveres anexos que devem ser observados pelas partes, não só na formação, mas durante toda a execução da avença.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.713602-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: D. VIÇOSO RODRIGUES

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1.0024.02.713602-7/001, da Comarca de Belo Horizonte, sendo apelante Bradesco Saúde S.A. e apelados Unineo MG Ltda. e outro, acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais NEGAR PROVIMENTO.

Presidiu o julgamento o Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes (Vogal), e dele participaram os Desembargadores D. Viçoso Rodrigues (Relator) e Mota e Silva (Revisor).

O voto proferido pelo Desembargador Relator foi acompanhado, na íntegra, pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 19 de janeiro de 2006. - *D. Viçoso Rodrigues* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. D. Viçoso Rodrigues* - Trata-se de recurso de apelação aviado por Bradesco Saúde S.A. contra a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 20ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte que julgou procedente o pedido formulado na ação de cobrança ajuizada por Unineo MG Ltda. em desfavor de Diva Guimarães Pimenta, condenando esta última a efetuar o pagamento do valor de R$ 89.712,20 (oitenta e nove mil setecentos e doze reais e vinte centavos) relativo à prestação de serviços médicos e hospitalares. A sentença também julgou procedente a denunciação à lide e condenou a apelante a ressarcir à ré os valores que tiver que despender em favor da autora.

Irresignada, aduz a apelante que não tem a obrigação de arcar com o pagamento das despesas médicas e hospitalares requeridas nos autos, porque a apelante, por ocasião de sua internação para a realização do parto, ainda não havia cumprido o prazo de carência previsto no contrato de prestação de serviços hospitalares celebrado com a recorrente.

Informa que o prazo de carência para a hipótese de parto normal é de 300 (trezentos) dias, e de 180 (cento e oitenta) dias para a hipótese de cirurgias gerais e internações clínicas, conforme cláusula 5.1, *d* e *i,* das condições gerais do contrato.

Também sustenta a apelante que o recém-nascido somente teria direito à cobertura contratual pelo prazo de 30 (trinta) dias após o parto, caso o contrato já estivesse em vigor por mais de 300 (trezentos) dias.

Considera que a negativa de cobertura, ainda que temporária, está respaldada nas

disposições do contrato e nos dispositivos da Lei nº 9.656/98, notadamente no art. 12, V, do diploma legal citado.

Pugna pelo provimento do recurso e reforma da sentença hostilizada, a fim de que seja julgada improcedente a lide secundária.

Contra-razões às f. 626/638 pela apelada Unineo MG Ltda. e às f. 639/643 pela apelada Diva Guimarães Pimenta.

Esse o relatório. Decido.

Conheço do recurso, porque se fazem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Pretende a apelante a reforma da sentença, a fim de que seja afastada a condenação que lhe fora imposta no sentido de arcar com as despesas médicas e hospitalares relativas ao parto e tratamento do recém-nascido prematuro.

Alega que, por força de disposição contratual, a Sr.ª Diva Guimarães Pimenta não teria direito à cobertura do seguro-saúde, porque ainda não havia cumprido o prazo de carência mínimo.

Em que pesem os fundamentos declinados pela apelante em sua peça recursal, entendo que a irresignação não merece ser acolhida.

Inicialmente, destaca-se a fundamentação lançada na sentença impugnada, em que a questão controvertida foi analisada com clareza e perfeição técnica, não estando a merecer, segundo meu juízo, qualquer censura.

Não se pode admitir que as empresas que comercializam seguro-saúde, como a apelante, no momento da execução dos contratos de assistência médica e hospitalar, violem escancaradamente o princípio da boa-fé objetiva, deixando de atender às necessidades dos consumidores.

O consumidor, ao contratar um plano de saúde, tem a legítima expectativa de receber um atendimento adequado e eficaz quando necessitar.

O Poder Judiciário não pode ser complacente com os abusos cometidos pelas empresas que exploram esse segmento de mercado em razão da total ineficiência do Estado em prestar assistência médica à população, não obstante esteja obrigado pela Constituição da República a fazê-lo.

Com efeito, o direito à livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, que garante a atuação da apelante no mercado de plano de assistência médica e hospitalar, deve ser exercido em harmonia com os ditames da justiça social, garantindo existência digna a todos os brasileiros e respeitando-se o princípio que ampare a defesa dos consumidores (art. 170, *caput* e V, da Constituição da República).

Embora o brocardo *pacta sunt servanda* não tenha sido excluído do mundo jurídico, seus efeitos foram sensivelmente relativizados em razão do reconhecimento da desigualdade material das partes que integram as relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, inciso I, reconhece de forma expressa a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Faz-se necessário conferir uma tutela especial à parte que, em razão de sua inferior potencialidade técnica, econômica e jurídica, está em nítida desvantagem diante dos agentes econômicos que oferecem produtos e serviços no mercado de consumo.

Cabe ao julgador, na análise do caso concreto, aferir o grau de vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor, aplicando à avença os dispositivos do CDC, que visam, em última instância, equilibrar as prestações e harmonizar os interesses das partes envolvidas.

Com efeito, o exame da questão em tela não pode ser feito unicamente a partir dos princípios contratuais clássicos, sendo necessário que sejam mitigados com as disposições do CDC, de modo a se alcançar o equilíbrio entre a defesa do

consumidor e a necessidade de expansão econômica e tecnológica prevista pelo art. 4º, III.

O Código de Defesa do Consumidor ressalta a necessidade de observância da boa-fé pelas partes integrantes da relação de consumo. Contudo, não se pode dar à boa-fé o contorno subjetivo que lhe fora emprestado no passado.

À luz do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé deve ser analisada objetivamente, tendo como núcleo essencial o comportamento dos contratantes desde a fase pré-contratual, passando pelo período de vigência do contrato e estendendo-se ao momento pós-contratual, quando um dos contratantes estiver obrigado a observar um dever de abstenção intrínseco à natureza da avença.

Segundo a lição de Judith Martins Costa, uma das funções exercidas pela boa-fé objetiva é inserir na avença outras obrigações, chamadas também de deveres anexos, além das que integram a própria natureza do negócio celebrado.

> (...) são deveres instrumentais, ou laterais, ou deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela (...) São ditos, geralmente, deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor.
> (...)
> O que importa bem sublinhar é que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais,
> (...).
> Estão, antes, referidos ao exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente.
> (...) os deveres instrumentais caracterizam-se por uma função auxiliar de realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos e danos concomitantes, servindo, ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoas que podem ser afetadas em conexão com o contrato (...) (COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 438-440).

Proteção e cooperação recíproca são deveres anexos, que devem ser observados pelos contratantes, que devem agir de forma coordenada para proteger a integridade física e material uns dos outros, bem como agir de forma positiva, visando ao adimplemento do contrato.

O Superior Tribunal de Justiça não só reconhece a existência dos deveres anexos ao contrato como entende que a sua inobservância acarreta inadimplemento contratual.

Nesse sentido:

> Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato.
> - O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio.
> - O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual.
> - A violação a qualquer dos deveres anexos implica inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa.
> (...) (STJ - REsp. 595631/SC - Terceira Turma - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - Data do julgamento: 08.06.04).

Entendo que as cláusulas contratuais em que se arvora a apelante para elidir seu dever contratual, a meu juízo, colidem frontalmente com as disposições do texto constitucional, notadamente com os arts. 5º, *caput*, 6º e 197 da Constituição da República.

Analisando o caso em tela, percebe-se o quanto a conduta da apelante se distanciou dos almejados balizamentos traçados pela legislação que rege as relações de consumo.

Cumpre destacar que as cláusulas contratuais invocadas pela apelante não se aplicam aos fatos noticiados nestes autos.

Restou devidamente comprovado pelos documentos que acompanham a peça inicial que a Sr.ª Diva Guimarães Pimenta, em razão de complicações ocorridas durante a gravidez, teve de ser internada em caráter emergencial.

Em razão do parto prematuro, o recém-nascido teve de ser internado em unidade de terapia intensiva, porque apresentava um quadro clínico grave, conforme atestam os relatórios médicos acostados aos autos.

Com efeito, constata-se que o quadro apresentado pela ré/apelada, ao dar entrada na Maternidade Santa Fé, era grave. Grave também era o quadro clínico da criança recém-nascida. Tais situações demandavam pronto atendimento, pois se tratava de situações de emergência.

De acordo com que dispõe a Lei nº 9.656/98, art. 12, V, *c*, e 35-C, modificada pela Medida Provisória nº 1.976, de 30.07.00, o prazo de carência para os atendimentos de urgência é de 24 horas.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu a matéria, assim se manifestando:

> Plano de saúde. Prazo de carência. Internação de urgência. - O prazo de carência não prevalece quando se trata de internação de urgência, provocada por fato imprevisível causado por acidente de trânsito. Recurso conhecido e provido (STJ - REsp. 222.339/PB - Quarta Turma - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - Data do julgamento: 28.06.01).

No mesmo sentido é o entendimento do extinto Tribunal de Alçada, a saber:

> Ação ordinária. Plano de saúde. Cobertura. Internação de urgência. Prazo de carência de 24 horas. Teor da Lei nº 9.656/98. Resolução Consu nº 13/98. Inaplicabilidade.
> - É obrigatória a cobertura plena das internações hospitalares em caráter de urgência e/ou emergência pelos planos de saúde, mesmo que ocorridas durante o período de carência contratual. O prazo de carência para os atendimentos de urgência é de 24 horas, a teor do disposto nos arts. 12, inciso V, e 35-C, da Lei nº 9.656/98, modificada pela Medida Provisória nº 1.976, de 30.07.00, inaplicáveis na hipótese as limitações contidas na Resolução nº 13/98 do Consu.
> - Recurso não provido (TAMG - Apelação Cível n.º 358.619-2 - Segunda Câmara Cível - Rel. Juiz Edgard Pena Amorim - Data do julgamento: 11.06.02).

Diante de tais argumentos, fica esvaziada toda a tese de defesa apresentada pela apelante, já que não prevalecem as cláusulas contratuais que estabelecem carência para a hipótese de parto, nem mesmo para tratamento do recém-nascido, haja vista a urgência do atendimento.

Há que se indagar se outra poderia ser a atitude da Sr.ª Diva Guimarães Pimenta, que, mediante o quadro clínico de extrema gravidade que seu filho recém-nascido apresentava, necessitando de cuidados específicos e imediatos, optou por mantê-lo internado na UTI - Neonatal, não obstante a negativa de cobertura da apelante.

O instinto materno e a necessidade de preservação da vida humana, felizmente, prevaleceram nesta no caso em voga.

Diante da moldura fática e jurídica exposta, verifico que não se pode acolher a pretensão da apelante, pois as cláusulas contratuais em que se arvoram não se aplicam à situação fática de anormalidade e urgência que foi noticiada e devidamente comprovada nos autos.

Nesses termos, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

-:::-

**AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO - VEÍCULO - ROUBO - RECUPERAÇÃO - DEFEITO - USO - INVIABILIDADE - INDENIZAÇÃO - VALOR DA APÓLICE - SEGURADO - PERFIL - ALTERAÇÃO - DIFERENÇA DO PRÊMIO - CABIMENTO**

**Ementa: Ação de cobrança. Veículo roubado e encontrado com defeitos múltiplos que inviabilizam o uso. Obrigação da seguradora de reparar os danos.**

**- Se o veículo foi submetido a condições de uso impróprias por terceiros, em razão de seu roubo, agravando o desgaste natural de peças e componentes, impossibilitando o seu funcionamento, tem a seguradora a responsabilidade de pagar o valor estipulado na apólice.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2.0000.00.485588-1/000 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Des.ª SELMA MARQUES

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2.0000.00.485588-1/000, da Comarca de Belo Horizonte, sendo apelante Cia. de Seguros Minas Brasil; apelante adesivo Manoel Balbino da Fonseca e apelados os mesmos, acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E AO ADESIVO.

Presidiu o julgamento a Desembargadora Selma Marques (Relatora), e dele participaram os Desembargadores Fernando Caldeira Brant (Revisor) e Afrânio Vilela (Vogal).

O voto proferido pela Desembargadora Relatora foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Assistiu ao julgamento pelo apelante a Dra. Juliana Noeme D. Martins.

Belo Horizonte, 1º de fevereiro de 2006. - *Selma Marques* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Sr.ª Des.ª Selma Marques* - Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença de f. 113/118, que julgou procedente, em parte, o pedido constante na ação de cobrança ajuizada por Manoel Balbino da Fonseca contra Cia. de Seguros Minas Brasil, condenando esta ao pagamento do valor do sinistro, atualizado monetariamente pelo INPC, acrescido de juros legais de 1% desde a data da citação inicial, sendo que deste valor deverá ser descontado o valor correspondente ao período em que houve mudanças no perfil do segurado.

Inconformada, f. 121/130, busca Cia. de Seguros Minas Brasil a reforma da r. sentença, alegando que o parágrafo único do artigo 766 do CCB/2002 estabelece que, em se verificando a existência de informações inexatas por parte do segurado, a lei faculta à seguradora a possibilidade de resolução unilateral do contrato. Acrescenta que todos os dados constantes do questionário de especificação do perfil do condutor principal influenciam substancialmente no cálculo do valor do seguro, de forma que, tendo o apelado deixado de informar corretamente tal situação, ampara a sua recusa em pagar a indenização correspondente, nos termos da cláusula 21 do Manual do Segurado.

Manoel Balbino da Fonseca, inconformado, por sua vez, interpôs recurso adesivo, alegando que não houve alterações no perfil do condutor, sendo que consta da contratação do seguro que o veículo seria conduzido por três ou mais condutores. Acrescenta que a ré, ora apelada adesiva, baseia suas alegações em documento sem qualquer valor, visto que não autenticado, e também por possuir assinatura diversa da sua. Requer a procedência total dos pedidos.

Contra-razões à apelação principal às f. 134/139.

Contra-razões à apelação adesiva às f. 148/151.

Após recebimento das apelações, a apelante principal juntou petição, requerendo a

perda do objeto, uma vez que o veículo roubado havia sido achado e entregue em perfeitas condições de uso ao segurado.

Da apelação principal.

Após recebimento das apelações, a seguradora interpôs petição, f. 157/158, alegando a ocorrência de fato novo, já que o veículo, objeto da presente ação, havia sido encontrado e entregue ao segurado em perfeitas condições de uso. Dessa forma, requereu a declaração da perda do objeto do feito.

Em resposta à referida petição, o segurado alegou que o veículo foi entregue a sua esposa em péssimas condições de uso. Acrescenta que sua esposa foi orientada pelos vistoriadores da seguradora a receber o veículo nas condições em que se encontravam, assinando, inclusive, termo de restituição. Finaliza dispondo que, para repor os aparelhos básicos, gastará, no mínimo, R$ 7.216,14 (sete mil duzentos e dezesseis reais e quatorze centavos), requerendo, ainda, a condenação da seguradora por litigância de má-fé.

Razão não assiste à seguradora.

Segundo definição legal, constitui o contrato de seguro "aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante paga de um prêmio, a indenizá-la pelo prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato" (Código Civil/1916, artigo 1.432), definição esta mantida pelo novo Código Civil, em seu artigo 757, o qual dispõe que, "pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados".

Daí se conclui que tal avença é formada a partir da promessa condicional de indenização de uma importância contratada, prevista para a hipótese de ocorrência do sinistro.

É um contrato de natureza sinalagmática, obrigando as partes reciprocamente, sendo cediço, ainda, que é possível a limitação dos riscos do seguro na apólice, não respondendo o segurador por aqueles não contemplados na cobertura contratada, segundo o disposto no art. 1.460 do Código Civil/1916.

Nessa ordem de idéias, dúvidas inexistem de que a apólice de seguro seja elemento definitivo para a análise da possibilidade, ou não, de se proceder ao pagamento requerido pela autora, devendo-se levar em consideração o evento ocorrido e as previsões pactuadas a respeito, a fim de que se dê o devido deslinde à questão.

O contrato de seguro celebrado entre as partes, ao tratar da cobertura do veículo, f. 54, estabelece como cobertura disponível a reposição dos prejuízos materiais ao segurado em conseqüência de colisão, incêndio, roubo ou furto.

Na f. 61, a cláusula 3.1 do contrato em comento traz as hipóteses dos riscos excluídos, não se verificando o caso dos autos.

Vislumbra-se, pois, que o contrato assegura a cobertura de danos causados ao veículo em virtude de roubo.

Embora tenha sido localizado e entregue ao segurado, o veículo segurado apresentou várias avarias que impossibilitaram seu uso normal. O próprio laudo de vistoria de f. 167 atestou que o veículo se encontrava com pára-brisa quebrado, faltando a centralina e equipamentos obrigatórios. Urge salientar que, conforme afirmado pelo próprio apelante na f. 188, sem a peça centralina, o veículo fica impossibilitado de andar.

Considerando que o veículo estava sendo normalmente utilizado antes do incidente e tendo em vista que permaneceu por tempo suficiente com terceiros (tempo capaz para o aparecimento de defeitos em razão do uso inadequado do veículo), conclui-se que as avarias mecânicas que inviabilizam o uso do automóvel decorreram do sinistro, portanto devem ser indenizadas, tendo a seguradora total responsabilidade em face do contrato firmado entre as partes.

A alegação de perda de objeto do recurso, uma vez que o carro foi devolvido, não deve prosperar, já que o foi, mas sem condições de uso.

Dessa forma, devido é o pagamento do valor do sinistro pela seguradora, nos termos da r. sentença, pelo que nego provimento ao recurso principal.

Urge salientar, tendo em vista as alegações do apelante, que o segurado perderia o direito de receber o valor do sinistro, caso fosse comprovada sua má-fé. Ocorre que, no caso dos autos, a alegada má-fé do segurado não restou configurada, de modo que é plenamente devido o pagamento do sinistro.

Antes de finalizar, necessárias se fazem certas considerações acerca do caso em exame.

O artigo 517 do CPC assim estabelece: "as questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior".

O estudioso Nelson Nery Júnior já se manifestou a respeito:

> A norma abre exceção e permite que se aleguem novas questões de fato, não propostas no juízo inferior, desde que a parte comprove que deixou de fazê-lo por motivo de força maior. A existência ou não de força maior autorizadora da exceção será avaliada pelo Tribunal em cada caso concreto (*Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. atualizado até 15.03.02, 6. ed. ver., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002).

No caso dos autos, após prolatada a sentença, o veículo objeto da presente ação foi encontrado em más condições e entregue ao apelante adesivo. Dessa forma, necessário se faz que esse juízo se manifeste acerca do salvado.

De acordo com as considerações já feitas acerca do dever do pagamento do sinistro, como conseqüência lógica do pagamento, o salvado deverá ser restituído à seguradora, devendo este e o documento de transferência ser entregues a ela, evitando, assim, o enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento da outra.

Da apelação adesiva.

O apelante adesivo, por sua vez, insurge-se contra a parte da sentença que determinou desconto do valor devido pela seguradora, correspondente ao período em que houve mudanças no perfil do segurado, qual seja dezembro de 2003 a março de 2004. Alega que não houve alterações no perfil do condutor, sendo que consta da contratação do seguro que o veículo seria conduzido por três ou mais condutores. Acrescenta que a ré, ora apelada adesiva, baseia suas alegações em documento sem qualquer valor, visto que não autenticado, e também por possuir assinatura diversa da sua. Requer a procedência total dos pedidos.

Ocorre que, conforme documento de f. 39, aufere-se que realmente houve alteração no perfil do condutor. Constata-se das declarações do filho do apelante que ele utilizava do veículo por mais tempo que o condutor principal. Pela análise da apólice de seguro, f. 11, verifica-se que o apelante é quem figurava como condutor principal do veículo.

Tais alterações deveriam ter sido informadas pelo apelante à seguradora. Não o fazendo, acarretou a incidência da aplicação do artigo 766, parágrafo único, do Código Civil, que autoriza à seguradora o recebimento da diferença do prêmio.

Com tais considerações, nego provimento à apelação principal e ao apelo adesivo, mantendo a decisão de 1º grau por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, da apelação principal, pelo apelante principal, e da apelação adesiva pelo apelante adesivo.

-:::-

**REGISTRO CIVIL - CASAMENTO - PROFISSÃO - ERRO - ELEMENTO ESSENCIAL - AUSÊNCIA - RETIFICAÇÃO - FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO - ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**Ementa: Ação de retificação de registro civil. Autora qualificada como doméstica em assento de seu casamento. Alegação de que exercia, à época, a profissão de lavradora. Ausência de erro em elemento essencial do registro. Inexistência de interesse processual. Extinção do processo, de ofício, por carecer de uma das condições da ação. Art. 267, VI, do Código de Processo Civil.**

**- Somente se justifica a anulação ou alteração do ato de registro civil, aí compreendido, também, o assento de casamento, quando constatado erro em elemento essencial à constituição do ato, como, por exemplo, o nome, a filiação, o sexo, o mesmo não ocorrendo na hipótese de erro quanto à atividade profissional exercida pela parte, pois que desimportante para a validade do registro.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0081.04.000693-4/001 - Comarca de Bonfim - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: Ilma Angélica Rosa de Azevedo - 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 EXTINGUIR O PROCESSO, DE OFÍCIO.

Belo Horizonte, 28 de março de 2006. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves* - Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público em virtude da r. sentença de f.12/13, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Bonfim, que julgou procedente o pedido de retificação de registro formulado por Ilma Angélica Rosa de Azevedo, para que se faça constar em seu registro de casamento a profissão de lavradora.

Nas razões recursais de f. 15/18, o apelante alega, em suma, que foi desrespeitada a Lei de Registros Públicos em seu art. 109, visto que o INSS não foi intimado na qualidade de interessado e que o feito está carente de dilação probatória no sentido de aferir se de fato a autora era lavradora à época de seu casamento. Concluiu requerendo a cassação da sentença para que tenha continuidade a fase instrutória do processo.

Conheço do recurso porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Tenho que merece reparo a respeitável sentença objurgada, pelo fato de a autora, ora apelada, não ostentar uma das condições da ação, qual seja o legítimo interesse processual.

Impende salientar que a retificação de registro civil somente se mostra necessária quando comprovada a existência de erro em elemento essencial à sua constituição, em relação, por exemplo, ao prenome, sobrenome, idade e sexo do interessado, sendo que a qualificação profissional da autora constitui apenas elemento acidental do registro.

O objetivo do registro público de casamento é apenas e tão-somente consignar as pessoas que se casaram, sendo irrelevante equívoco quanto à profissão, quando estão corretos os dados principais e imutáveis que qualificam as pessoas e o regime do casamento.

A intenção de pleitear direito previdenciário junto ao INSS só revelada em sede de contra-razões ao recurso de apelação, ainda que fosse expressa antes do término da fase instrutória do processo não teria o condão de caracterizar interesse de agir da apelada, visto que a alteração do registro de casamento não seria documento essencial para o referido desiderato, tampouco a continuidade do registro como está será empecilho. Na fase de justificação junto ao INSS, a apelada poderá provar suas alegações, matéria que foge ao julgamento do presente processo.

No mesmo sentido:

Ação de retificação de registro civil. Interesse de agir. Condição de ação. Inutilidade do provimento jurisdicional pleiteado pela recorrente. - Desponta de forma incontroversa que, faltando à autora interesse de agir, visto que, reivindicando em juízo o que não trará à recorrente utilidade alguma, o processo retificatório de registro civil deverá ser extinto, sem julgamento do mérito, nos exatos termos do inciso VI do art. 267 do Digesto Instrumental (TJMG, Processo nº: 1.0243.04.910515-4/001(1), Relator Alvim Soares).

Assim, de ofício, declaro extinto o processo por falta de interesse processual, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Custas, pela apelada, na forma da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Ernane Fidélis* e *Edilson Fernandes*.

*Súmula* - EXTINGUIRAM O PROCESSO, DE OFÍCIO.

-:::-

## MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - AUSÊNCIA DE REQUISITOS - TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS - VEÍCULO DE ALUGUEL - FRETAMENTO A TÍTULO PRECÁRIO - AUTORIZAÇÃO - DECRETO ESTADUAL 44.035/2005 - PODER REGULAMENTAR - PODER DE POLÍCIA

**Ementa: Administrativo, constitucional e processual civil. Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Liminar deferida em parte. Questão envolvendo transporte intermunicipal de passageiros em veículo de aluguel. Regime de fretamento a título precário. Viagem eventual e especial.**

**- Inexistência de *fumus boni iuris*. Exploração de serviço público delegado ao particular mediante autorização. Atividade sujeita ao poder de polícia da Administração. Necessidade de regramento e fiscalização pelo Estado. Exigências impugnadas previstas em decreto.**

**- Ausência de *periculum in mora*. Existência de risco de dano reverso para a coletividade.**

**Recurso desprovido. Decisão interlocutória mantida.**

AGRAVO N° 1.0024.05.698243-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Walter Costa de Souza e outros - Agravados: DER/MG - Depto. de Estradas de Rodagem de Minas Gerais, Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Diretor-Geral do DER/MG - Depto. de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2006. - *Brandão Teixeira* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Brandão Teixeira* - Os presentes autos versam recurso de agravo de instrumento interposto por Walter Costa de Souza e outros em razão da decisão interlocutória trasladada às f. 76/82-TJMG, que consistiu em deferir parcialmente medida liminar requerida em mandado de segurança impetrado pelos agravantes contra ato acoimado de ilegal de lavra do Diretor-Geral do DER/MG, consistente no exercício de fiscalização

de trânsito e aplicação de multas com base no Decreto Estadual nº 44.035/05, e contra o Estado de Minas Gerais, por ter editado decreto inconstitucional, por usurpação de competência exclusiva da União.

Os impetrantes, ora agravantes, pleitearam o deferimento de liminar mandamental para que fosse determinado às autoridades coatoras que se abstivessem de aplicar as disposições do Decreto Estadual nº 44.035/05, quais sejam:

1) permissão de circulação apenas de veículos com menos de quinze anos de uso, contados a partir da data de fabricação do veículo constante no CRLV (art. 2º, IV);

2) existência de corredor interno para circulação das pessoas transportadas (art. 2º, IV);

3) porte, pelo autorizatário, de certidão negativa de débito para com a Previdência Social (art. 4º, I, d);

4) comprovante de regularidade para com o FGTS (art. 4º, I, *e*);

5) porte de certidão negativa de débito para com a Fazenda Pública estadual (art. 4º, I, *f*);

6) apresentação, pelo condutor, de certidão negativa do registro de distribuição criminal (art. 4º, III, *e*);

7) fornecimento do número do documento fiscal correspondente à viagem (art. 8º, II);

8) relação nominal das pessoas que serão transportadas com antecedência de até doze horas do horário previsto para o início da viagem (art. 8º, § 2º);

9) expedição de autorização para cada viagem (art. 8º, § 3º);

10) porte obrigatório, no veículo de fretamento contínuo e eventual, durante a viagem, de documento fiscal apropriado (art. 13, III).

11) não-aplicação dos arts. 14 a 19, que tratam das infrações de trânsito, penalidades e medidas administrativas.

O ilustre Magistrado singular deferiu em parte a liminar mandamental, nos exatos e precisos termos:

> Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, defere-se em parte a medida liminar apenas para 'determinar' que o impetrado expeça a autorização de que trata o Decreto Estadual nº 44.035/2005, em favor dos impetrantes, obedecidas 'todas as disposições administrativas', exceto as atinentes:
> 1) à necessidade de ser pessoa jurídica o autorizatário, pois pode ser pessoa física também;
> 2) à necessidade de apresentar certidão negativa do distribuidor criminal;
> 3) à necessidade de que os veículos a serem cadastrados tenham menos de 15 anos de fabricação (f. 81-TJMG).

Irresignados, em minuta de agravo de f. 04/10-TJMG, os impetrantes alegam, em síntese, que os Decretos Estaduais nº 44.035 e 44.081 se encontram eivados de inconstitucionalidade formal, porque os Estados não podem legislar sobre transporte e trânsito, por expressa vedação constitucional, pois ainda não se editou a lei complementar prevista no art. 22, parágrafo único, da Constituição Federal. Pedem a concessão de liminar recursal, sustentando que as exigências contidas no aludido decreto inviabilizam o exercício de atividade remunerada por "autênticos arrimos de família" (f. 09-TJMG). No mérito, pretendem a reforma da decisão agravada, "de maneira que sejam atendidos todos os pedidos da peça inaugural" (f. 09-TJMG).

Juízo de admissibilidade.

Conhece-se do recurso, diante da presença dos requisitos de admissibilidade.

Mérito.

Indeferimento de liminar mandamental.

Ausência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*.

Questão envolvendo transporte intermunicipal de passageiros em veículo de aluguel.

Regime de fretamento a título precário.

Viagem eventual e especial.

*Permissa venia*, não merece acolhida o pleito recursal. Para a concessão de medida liminar em ação mandamental, devem concorrer os dois pressupostos legais previstos no inciso II do artigo 7º da Lei nº 1.533/51: a relevância do fundamento - *fumus boni iuris* - e a possibilidade de advir do ato impugnado a ineficácia da medida, caso seja deferida somente a final - o *periculum in mora*. Contudo, não se vislumbra a presença da fumaça do bom direito e nem do perigo na demora, conforme será demonstrado adiante.

Trata-se de questão extremamente delicada e de maior interesse da coletividade, envolvendo exploração de serviço público de transporte intermunicipal de passageiros, delegado ao particular mediante autorização, disciplinada por decreto editado pelo Governador do Estado de Minas Gerais, com base no inciso VII do art. 90 da Constituição do Estado e tendo em vista o disposto nos arts. 2º e 3º da Lei nº 11.403, de 21 de janeiro de 1994, na Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), na Lei Federal nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e no art. 2º da Lei Delegada nº 100, de 29 de janeiro de 2003.

De fato, a *quaestio* é muito mais abrangente do que a mera possibilidade de um motorista exercer sua atividade profissional. Esse direito é inconteste; porém o seu exercício por meio de veículo de aluguel, em rodovias, fora dos limites territoriais do Município em que se encontra licenciado, torna-se atividade consistente em prestação de serviço público de transporte intermunicipal de passageiros, condicionada ao atendimento de certas exigências, instituídas em prol da coletividade, objetivando proporcionar maior segurança e preservar a integridade física dos usuários. O transporte de pessoas não é atividade liberada a qualquer interessado, simplesmente em nome do princípio da livre iniciativa, que é abstrato, e não absoluto.

Inexistência de *fumus boni iuris*.

Exigências impugnadas previstas em decreto.

Exploração de serviço público delegado ao particular mediante autorização.

Atividade sujeita ao poder de polícia da Administração.

Necessidade de regramento e fiscalização pelo Estado.

O *fumus boni iuris* não se verifica no caso concreto, porque os fundamentos da ação de mandado de segurança para fins de deferimento de liminar se revelam pertinentes quando eles patenteiam que o ato atacado é flagrantemente contrário às normas legais ou aberrantemente abusivo. No entanto, na espécie, não se deve, em exame preliminar, atribuir os qualificativos de abusivo ou ilegal ao ato impugnado, obviamente com a ressalva de que, a final, a sentença dirá de sua conformidade com a Constituição e com as leis.

Além do mais, se o Estado será responsabilizado objetivamente por eventual sinistro decorrente da prestação de serviço público por ele autorizado (CR, art. 37, § 6º), nada mais justo que ele mesmo possa disciplinar a execução da autorização do serviço público, estabelecendo os requisitos pertinentes à obtenção de AAVI, de acordo com as peculiaridades locais. Se não cabe ao Poder Judiciário substituir o Executivo no exercício de seu poder regulamentar, a toda evidência não cabe ao Judiciário impedir o Executivo de exercer poder regulamentar e de polícia decorrentes de sua competência constitucional.

Com efeito, entende-se ser poder-dever do Estado autorizar e fiscalizar o transporte intermunicipal de passageiros, em veículo de aluguel, de modo contínuo ou eventual, proporcionando segurança para os próprios usuários. Se a atividade de transporte intermunicipal, no âmbito do território do Estado, só pode ser exercida mediante concessão, permissão ou autorização do Poder Público estadual, não

pode o indivíduo valer-se de argumento de que restrições e limitações erigidas como requisitos da outorga da execução indireta dele violem seu direito à livre iniciativa. A disponibilidade do serviço de transporte coletivo, que possui caráter essencial - a todos interessa -, submete-se às regras concernentes à Administração Pública, não se tratando de atividade empresarial ou individual de livre iniciativa, aberta a qualquer interessado, sem qualquer restrição a ser imposta pelo Poder ou Ente que tem competência para autorizar e fiscalizar. A iniciativa empresarial, embora livre, submete-se a poder regulamentar e de polícia do Poder que expede a autorização, quando necessária.

Retira-se do art. 21 e incisos do Código de Trânsito Brasileiro que compete aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição, cumprir e fazer cumprir a legislação de trânsito, executando a fiscalização e aplicando as penalidades e medidas administrativas cabíveis. E a Lei Estadual nº 11.403, de 21.01.1994, por meio de seu art. 2º, determinou que o DER deve "assegurar soluções adequadas de transporte rodoviário de pessoas e bens, no âmbito do Estado de Minas Gerais". Seu art. 3º, VII, dispõe que cabe ao DER "conceder ou explorar diretamente os serviços de transportes coletivos rodoviários intermunicipal".

Para possibilitar a atuação fiscalizatória do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais e evitar que o transporte de passageiros seja exercido à margem de regulamentação e da organização do trânsito, de forma clandestina, ludibriando-se a fiscalização, sem qualquer responsabilidade, de modo a causar insegurança para os passageiros e para toda coletividade e se instalar o caos nesse ramo de atividade, o Governador do Estado, no uso de suas atribuições, expediu o Decreto Estadual nº 44.035, de 1º de junho de 2005, alterando o Decreto nº 32.656, de 14 de março de 1991. Por meio deste instrumento normativo, que contém o Regulamento de Serviço de Transporte Coletivo Rodoviário Intermunicipal do Estado de Minas Gerais - RSTC, revogaram-se os Decretos nº 44.007, de 13 de abril de 2005, e nº 43.092, de 19 de dezembro de 2002, disciplinando-se, então, a autorização para prestação de serviço fretado de transporte rodoviário intermunicipal de pessoas, estabelecendo os requisitos necessários à execução do serviço, sujeitando todos aqueles que exercessem tal atividade de forma clandestina às sanções advindas do poder de polícia da Administração Pública, a exemplo da penalidade e medida administrativa previstas no artigo 231 do CTB, que veda o transporte remunerado de pessoas ou bens, sem licença ou permissão para esse fim. Acresce mencionar que o Decreto Estadual nº 44.081, de 2 de agosto de 2005, no seu art. 1º, acrescentou os §§ 3º e 4º ao art. 2º do Decreto nº 44.035/05.

Outrossim, com vista aos argumentos elencados na inicial e nas razões recursais, as exigências em questão não são impeditivas, mas regulamentares da atividade que os impetrantes dizem praticar, com vista ao atendimento do interesse público. Elas apenas impõem condições como cadastramento e autorização, prevêem fiscalização, além de proibições, obrigações e sanções. Denotam uma necessidade real do legislador que não poderia acompanhar minuciosamente todos os setores em que existe atuação do Estado, caracterizados por constantes alterações conjunturais, em um mundo de mutações econômicas e tecnológicas velozes e constantes.

Genericamente, deve prevalecer o interesse coletivo sobre o individual; a ordem sobre o caos. Com esse pensamento, não se pode admitir que se coloque veículo à disposição do público, cobrando-se contraprestação dos usuários por serviço de transporte de passageiros, sem que sejam atendidos os requisitos essenciais que derivam de normas gerais. Nesse sentido, o interesse público dita as regras regulamentares da atividade de transporte, em conformidade com a Constituição da República e as normas infraconstitucionais.

Assim, a exigência de listagem dos passageiros que serão transportados (art. 8º, § 2º) é plenamente recomendada por razões de segurança pública, até porque facilita uma eventual indenização em caso de acidentes. Também se

justifica para evitar a ocorrência das precaríssimas "lotações". O prazo exigido para a apresentação da lista de passageiros, de até doze horas do horário previsto para o início da viagem, embora possa ser considerado exíguo em uma ou outra oportunidade fática, em verdade não impede o exercício da atividade de fretamento de veículos e justifica-se diante das dificuldades das autoridades em reprimir o transporte clandestino, inclusive por meio de regulamentação mais estrita.

A exigência de que o veículo contenha corredor interno para circulação das pessoas transportadas (art. 2º, IV) tem por escopo fornecer maiores condições de conforto, higiene, bem - estar e segurança ao usuário dessa espécie de transporte.

De igual forma, as exigências de porte, pelo autorizatário, de certidão negativa de débito para com a Previdência Social (art. 4º, I, d) e Fazenda Pública estadual (art. 4º, I, f), bem como do comprovante de regularidade para com o FGTS (art. 4º, I, e) e de fornecimento do número do documento fiscal correspondente à viagem (art. 8º, II), são comuns a qualquer atividade empresarial e visam dar legalidade à atividade econômica exercida pelo particular (CR, art. 170), consubstanciada na prestação de serviço fretado de transporte rodoviário intermunicipal de pessoas.

A exigência de que o condutor do veículo de fretamento contínuo e eventual porte, durante a viagem, o documento fiscal apropriado (art. 13, III) e a limitação de que a autorização expedida tenha validade apenas para a respectiva viagem (art. 8º, §3º ) estão ancoradas no poder discricionário da Administração Pública, que, em princípio, tem poderes para estabelecer a melhor forma de fiscalização e dizer quais documentos devem ser de porte obrigatório.

Por derradeiro, quanto ao pedido de que não sejam aplicados os arts. 14 a 19, que tratam das infrações de trânsito, penalidades e medidas administrativas, com a vênia máxima devida, entendo que não deve ser acolhido o pleito liminar no sentido de proibir o DER/MG de fiscalizar e exercer seu poder de polícia. A Constituição da República garante ao particular o desempenho de atividade econômica, mas sujeita-a ao poder de polícia exercido pelo Estado. E as infrações, penalidades e medidas administrativas previstas no decreto não usurpam competência legislativa da União. Dessa forma, válidas são e serão as multas aplicadas em relação a essas exigências contidas no Decreto nº 44.035/2005. De fato, o que se vislumbra no presente processo, sem sombra de dúvida, é que os impetrantes pretendem obter, pela via judiciária, "autorização" para trafegar pelas estradas intermunicipais do Estado de Minas Gerais da forma que bem entenderem, sem ser importunados pelas autoridades fiscalizadoras, afastando ou tornando inoperante o poder fiscalizatório estadual. Contudo, esse pedido encontra óbice na Lei Federal nº 9.503/97 e na Lei Estadual nº 11.403/94. O que se visa, na verdade, é o afastamento da atuação de autoridades estaduais do poder de polícia e fiscalização, por meio de mandado de segurança que, expressamente, insurge-se contra a competência regulamentar do Estado de Minas Gerais, em matéria relativa a autorizações que expede. Ataca-se o poder regulamentar estadual porque os impetrantes nem sequer mencionam ato concreto que os ameaça, senão o exercício dos poderes de fiscalização e as normas regulamentares, não declinando nem mesmo qual a espécie de transporte a que se dedicam.

Enfim, não se pode negar que restrições e limitações devem ser expedidas para, por exemplo, evitar-se a clandestinidade de transporte de passageiros, isento de fiscalização e capaz de provocar a insegurança do transportado que contrata o serviço em detrimento do transportador legalmente habilitado, que acata as normas da regulamentação. Regras de segurança devem ser atendidas, para se apurarem a viabilidade do negócio pretendido e a possibilidade de autorização.

Nesse diapasão, urge não olvidar que a pretendida reforma da decisão não pode prosperar, porque está em total desacordo com as normas jurídicas preexistentes, disciplinadoras do tema, notadamente, o Decreto Estadual nº 44.035, de 1º de junho de 2005, que baliza o poder de polícia no que tange ao serviço intermunicipal de transporte coletivo de passageiros no âmbito do Estado de Minas Gerais.

Ausência de *periculum in mora*.

Existência de risco de dano reverso para a coletividade.

Quanto ao *periculum in mora*, este requisito também não se verifica no caso dos autos, porque é evidente o risco de dano reverso para a coletividade, notadamente para os usuários dessa espécie de serviço de transporte, que ficariam a mercê de prestação de serviço público sem ampla fiscalização dos poderes competentes e desfalcado de algumas garantias que lhes foram outorgadas por meio de decreto, objetivando proporcionar maior segurança e preservar a integridade física deles.

Trata-se, pois, de questão extremamente delicada e de maior interesse da coletividade, sendo que o exercício indiscriminado da atividade de transporte remunerado de pessoas ou bens, sem o atendimento de requisitos instituídos com base no poder de polícia, objetivando disciplinar a prestação do serviço intermunicipal de transporte coletivo de passageiros no âmbito do Estado de Minas Gerais, e sem se sujeitar à fiscalização do DER/MG, poderia causar insegurança para os passageiros e para toda coletividade, além de se instalar o caos nesse ramo de atividade.

Nessa esteira, a prevalecer o entendimento esposado pelos agravantes, no sentido de se permitir que eles exerçam transporte intermunicipal de passageiros à margem das exigências instituídas com o objetivo de evitar o transporte clandestino efetuado sem qualquer controle e sem se submeter às sanções do poder de polícia do Estado, culminaria em expedição de autorização judicial para exploração irregular de atividade consistente em serviço público. No entanto, o Judiciário não pode placitar condutas desta natureza.

Posto isso e com a necessária vênia, resta plenamente justificada, neste momento, a manutenção da decisão interlocutória.

Sendo assim, se a Administração Pública exige o preenchimento de requisitos para a prática de determinada atividade, por razões de segurança e de adequação de seu exercício no interesse público, e os impetrantes, ainda assim, pretendem realizar o transporte intermunicipal de passageiros, devem obter autorização expressa do órgão estatal responsável, no caso, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais (DER/MG), em razão das atribuições que lhe foram conferidas pela legislação estadual vigente, atualmente, o Decreto Estadual nº 44.035, de 1º de junho de 2005.

Caso contrário, se o transporte de passageiros for exercido à margem da regulamentação e da organização do trânsito, ludibriando-se a fiscalização, tornar-se-á clandestino e estará sujeito às sanções advindas do poder de polícia da Administração Pública, a exemplo da penalidade e medida administrativa previstas no artigo 231 do CTB, que veda o transporte remunerado de pessoas ou bens, sem licença ou permissão para esse fim.

Conclusão:

*Ex positis*, nega-se provimento ao agravo de instrumento, mantendo-se a decisão interlocutória copiada às f. 76/82-TJMG, colacionando-se à mesma os fundamentos exarados neste voto.

Custas, conforme disposição de sentença.

*O Sr. Des. Caetano Levi Lopes* - Com o Relator.

*O Sr. Des. Nilson Reis* - Com a ressalva do meu entendimento quanto ao cabimento de agravo de instrumento de decisão concessiva da negatória de liminar em mandado de segurança, acompanho o eminente Relator, negando provimento ao recurso.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**REEXAME NECESSÁRIO - *REFORMATIO IN PEJUS* - VEDAÇÃO - FAZENDA PÚBLICA - EXECUÇÃO - CONTRATO BANCÁRIO - NOTA PROMISSÓRIA - VINCULAÇÃO - NATUREZA CAUSAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - VALOR DO DÉBITO - EXTRATO BANCÁRIO - AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO - PRECLUSÃO**

**Ementa: Reexame necessário. Vedação da *reformatio in pejus*. Nota promissória dada em garantia de contrato bancário. Execução pelo valor constante do extrato bancário.**

**- Em reexame necessário, é vedada a *reformatio in pejus* contra a Fazenda Pública, sendo incabível que a parte formule pretensões em sede de contra-razões. Por isso, em que pese a posição pessoal deste Relator, descabe falar de nulidade da execução, pois foi afastada pelo Juízo *a quo* e não houve apelação pelos embargantes.**

**- A nota promissória dada como garantia de contrato bancário de cheque especial assume natureza causal, vinculando-se àquela avença. Por isso, o valor dela constante deve equivaler ao do débito do correntista, demonstrado pelo extrato de sua conta.**

**- Se o Estado não demonstrou, em primeiro grau, as razões que levaram ao valor lançado na promissória, não pode pretender fazê-lo, em instância recursal, em face da preclusão. Sentença confirmada, em reexame necessário, prejudicado o apelo.**

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0151.02.004300-7/001 - Comarca de Cássia - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Cássia - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelados: Flávio Donizete e outro - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

**Acórdão**

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

Belo Horizonte, 25 de maio de 2006. - *Cláudio Costa* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Cláudio Costa* - Verificados os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço da remessa e do recurso.

Como relatado, cuida-se de reexame necessário e apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais em face da sentença de f. 70-76, pela qual foram julgados parcialmente procedentes os embargos opostos por Flávio Donizete e outro à execução que lhes move, determinando que o processo executivo prossiga com base no valor do título à época, qual seja Cr$ 1.763.648,23 (um milhão setecentos e sessenta e três mil seiscentos e quarenta e oito reais e vinte e três centavos), condenando o Estado ao pagamento de honorários em 10% do valor de condenação.

A sentença não merece reforma, como passo a expor.

A Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais, posteriormente sucedida pelo Estado de Minas Gerais, iniciou execução por quantia certa contra os apelados, J.C. Diniz Contabilidade e Flávio Donizete, valendo-se, como título, da nota promissória nº 019441, com valor de Cr$ 172.146.336,09 (cento e setenta e dois milhões cento e quarenta e seis mil trezentos e trinta e seis cruzeiros e nove centavos).

Assim, os apelados opuseram os cabíveis embargos, alegando a nulidade da execução, pela inexigibilidade do título, e o excesso de execução.

A sentença, afastando a preliminar de nulidade, reconheceu ter havido excesso de execução, pois o valor correto a constar da promissória seria de Cr$ 1.763.648,23 (um milhão setecentos e sessenta e três mil seiscentos e quarenta e oito reais e vinte e três centavos).

Pois bem, esclareço desde já que tenho firme entendimento de que o contrato de abertura de crédito, bem como a nota promissória a ele vinculada, como garantia, não servem como título executivo, pois não há, em ambos, o reconhecimento do correntista de dever aquela quantia determinada ao banco, como, de resto, estabelece o enunciado da Súmula nº 258 do STJ.

Nada obstante isso, vejo, *in casu*, que o Magistrado *a quo* reconheceu a liquidez e idoneidade da nota promissória como título executivo, desacolhendo a alegação de nulidade da execução, formulada nos embargos. Desta decisão não recorreram os embargantes, limitando-se a pedir, nas contra-razões de apelação, o reconhecimento da iliquidez da nota promissória.

Ora, as contra-razões não são o meio próprio para que a parte manifeste seu inconformismo e formule qualquer pretensão. Caberia aos embargantes, assim, valer-se de recurso de apelação, até mesmo na forma adesiva, para pretender a reforma da decisão, neste ponto. Não o fazendo, fica sepultada a discussão a respeito.

Veja-se que não desconheço a corrente doutrinária que defende ser possível, no reexame necessário, a *reformatio in peius* contra a Fazenda, citando-se, dentre outros, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (A *reformatio in peius* no direito processual civil. *In*: NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005).

Todavia, filio-me ao grupo daqueles que entendem não ser possível a reforma contra a Fazenda, na remessa necessária, pois se trata de benefício instituído em prol da pessoa jurídica de direito público. Vale lembrar, nesse diapasão, o enunciado da Súmula nº 45 do SJT, *in verbis*: "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública".

A respeito, leciona Jorge Tosta que, no reexame necessário, opera-se o efeito translativo das matérias decididas contra a Fazenda, não se trasladando, por outro lado, aquelas decididas em seu favor. (*Do reexame necessário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 171.)

Como decidiu o STF:

> Recurso *ex officio*. Duplo grau de jurisdição. Sentença proferida contra o Estado (art. 475, II, do CPC). Efeito do provimento. Preclusão. CPC, art. 473. - O recurso de oficio das sentenças contrárias à Fazenda Pública somente a esta aproveita, sem devolver a parte da decisão que lhe favorece, em relação à qual ocorre preclusão se a parte adversa não recorre, sob pena de *reformatio in pejus*. Recurso extraordinário conhecido e provido (1ª. T., RE nº 100034/PE, Rel. Min. Rafael Mayer, *DJ* de 10.02.84).

Por tudo o acima exposto, tenho que as pretensões manifestadas pelos apelados em contra-razões, quais sejam de reconhecimento da nulidade da execução e de exclusão da responsabilidade do avalista, não podem ser conhecidas.

Diante disso, não cabendo mais analisar a idoneidade do título executivo, o debate fica restrito ao alegado excesso de execução, ponto em que, ao meu ver, não assiste razão ao Estado de Minas Gerais.

Como visto, a execução tem por objeto débito não pago, decorrente de contrato de cheque especial, firmado entre as partes. Vê-se, dos documentos trazidos aos autos pelo apelante, que o saldo devedor da conta bancária em questão (nº 007793-3) era de Cr$ 1.763.648,23 (f. 47).

A nota promissória caracteriza-se, via de regra, pela abstração, desprendendo-se da causa que lhe deu origem. Por isso, vencido, pode o credor promover sua execução, com base unicamente no título.

Todavia, como ensina Fran Martins, há casos, hoje comuns, em que a nota promissória é emitida com fulcro em um contrato original. Sua existência fica, assim, presa àquela avença que lhe deu origem. (*Títulos de crédito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1. p. 396).

No caso vertente, parece-me clara a natureza causal do título executado, uma vez que emitido como garantia de um contrato bancário. Por isso, seu valor de face deve corresponder ao débito do correntista, valendo lembrar que, nessas hipóteses, a promissória é emitida em branco, sendo preenchida *a posteriori* pelo banco.

Ora, o extrato bancário trazido aos autos pelo próprio embargado demonstra que o débito no cheque especial era de Cr$ 1.763.648,23. Ademais, tendo sido devidamente citado para contestar, o Estado de Minas Gerais não trouxe a tempo qualquer explicação de como esse valor tenha chegado à quantia lançada na promissória, qual seja Cr$ 172.146.336,09.

Uma vez silente o embargado, preclusa estava a matéria acerca do valor do débito, não podendo o Estado de Minas Gerais, em sede de apelação, trazer aos autos planilha explicativa do valor executado, por não ser mais o momento, em face da preclusão causada pela sua inércia, em primeira instância.

Concluo, então, que bem agiu o douto Sentenciante, ao dar procedência parcial aos embargos para determinar a redução do *quantum* exeqüendo ao valor constante do extrato da respectiva conta bancária.

Por tais fundamentos, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o apelo.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *José Francisco Bueno* e *Maria Elza*.

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

-:::-

**MANDADO DE SEGURANÇA - MERCADORIA EM TRÂNSITO - APREENSÃO - INFRAÇÃO FISCAL - APURAÇÃO - EXCESSO DE PRAZO - MEIO DE COERÇÃO - RETENÇÃO INDEVIDA - SÚMULA 323 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CONCESSÃO DA ORDEM**

**Ementa: Mandado de segurança. Apreensão de mercadoria em trânsito. Apuração dos fatos. Retenção indevida. Necessidade de liberação.**

**- A perpetuação da apreensão de mercadoria em trânsito, com a indisponibilização do bem, além do estrito prazo necessário à apuração do ilícito fiscal, constitui meio coercitivo para pagamento de tributos. Aplicação da Súmula 323 do STF.**

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.05.705617-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: J.D. da 1ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Apelada: Raissa Ind. e Com. de Produtos Alimentícios Ltda. - Autoridade coatora: Delegado da Delegacia Fiscal de Tributos Estaduais de Belo Horizonte - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2006. - *Eduardo Andrade* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Eduardo Andrade* - Trata-se de mandado de segurança impetrado por empresa que comercializa produtos alimentícios em geral contra ato de autoridade fazendária estadual, de apreensão de mercadoria - açúcar cristal - ocorrida no Posto Fiscal de São Joaquim de Bicas, Minas Gerais, ao fundamento de não corresponder a aludida carga à nota fiscal acobertadora do trânsito.

Justifica-se a impetrante, alegando que, ocorrendo avaria no veículo, no transcurso do trajeto ao destinatário, foi o veículo substituído por outro, oportunidade em que a movimentação da carga ocasionou rompimento de algumas embalagens, ao que, por autorização do destinatário, foram essas substituídas por embalagens de ração animal, à justificativa de que seria a venda da mercadoria redirecionada a tal fim.

Liminarmente, foi deferida a liminar, determinando a liberação da mercadoria apreendida, o que foi cumprido pela autoridade fazendária.

Notificada, a impetrada prestou informações às f. 48 e seguintes, reafirmando a inidoneidade e falsidade da nota fiscal que acompanhava o trânsito da mercadoria, seja pelo preenchimento irregular, com anotações a mão, quando a legislação não o permite em documento emitido por processamento eletrônico, seja porque o motorista declarou que não carregou o caminhão na empresa dita remetente (impetrante), e ainda porque não apresentada a nota fiscal que a impetrante diz ter sido substituída, quando do alegado transbordo da mercadoria. Afirma, ainda, a impetrada que a apreensão tem respaldo no art. 42, I, da Lei 6.763/75 e RICMS, arts. 201, I, e 149, não se prestando como meio coercitivo de pagamento do tributo, mas para cuidar da correta circulação de mercadorias. Cita doutrina e jurisprudência e pede a denegação da segurança.

O MP opina pela concessão da segurança.

Sentença de f. 77/79 confirma a liminar e concede a segurança em definitivo. A decisão é submetida ao duplo grau de jurisdição.

Na condição de litisconsorte necessária, a FPE apresenta apelação, insistindo nas alegações aduzidas nas precedentes informações, pedindo reforma da sentença, com a denegação da segurança.

Contra-razões de apelação pela impetrante.

Subiram os autos a este eg. Tribunal de Justiça.

Em parecer, a d. PGJ opina pela confirmação da sentença, em reexame necessário.

Conheço do reexame necessário, de conformidade com o disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei 1.533/51 e no recurso voluntário, cumpridos os pressupostos legais de cabimento.

Como se vê, a sentença concessiva da segurança ateve-se tão-somente à retenção e liberação de mercadoria apreendida em trânsito, ressaltando, inclusive, ser esse o único objeto da impetração.

De se evidenciar, inicialmente, a juridicidade da interceptação e apreensão até que fossem apurados os fatos, em face da materialidade da infração, essa, certamente, objeto de auto de infração fiscal.

Tal posicionamento guarda consonância com o pensamento que venho adotando, em casos tais, quando, interceptado o trânsito da mercadoria, apreendida essa por constatação ou indícios de irregularidades, apurada a infração e lavrado o respectivo auto, concluo que a materialidade daquela deva mesmo ser discutida pelos meios próprios, não tendo, porém, que se manter apreendida a mercadoria, por tempo além do necessário para apuração dos fatos.

É certo que, em situação especialíssima, considerando a gravidade da infração, outro direcionamento venha ser adotado, tal como o fiz em recente julgamento em Reexame Necessário n° 1.0388.04.007476-6/001, da

Comarca de Luz, quando se tratava de apreensão de carvão vegetal (mercadoria não perecível), com forte indício de crime ambiental, sujeito a averiguação mais demorada.

Afora hipóteses tais, excepcionais, a imediata liberação da mercadoria após a apuração dos fatos constitui a regra, sob pena de convalidar-se ato arbitrário. Eventual exigência de tributos e multas decorrentes do ato apurado há de ser feita via instrumento próprio, podendo a Fazenda Pública estadual acionar tanto o transportador quanto as empresas envolvidas com o fato para a responsabilização do que entenda devido. No caso dos autos, a FPE, inclusive e ao que parece, noticiou o MP sobre os indícios de crime contra o consumidor, ao constatar a remessa de açúcar cristal a comerciante varejista, do ramo de alimentos, aparentemente fora das condições de consumo. A essa autoridade competirá a condução de procedimentos cabíveis, se for o caso. Entretanto, esse não é o objeto do presente *mandamus*.

Certo que a apreensão da mercadoria, indisponibilizando-a além do estrito tempo necessário à apuração dos fatos, constitui ato ilegal de cerceamento das atividades comerciais e meio coercitivo para pagamento de tributo, em afronta às disposições contidas no inciso XIII do art. 5º e no parágrafo único do art. 170, todos da Constituição Federal de 1988, e em contrariedade à pacífica jurisprudência de nossos tribunais, inclusive sumuladas nos Enunciados 323 e 547 do STF. Na hipótese dos autos, a liberação da mercadoria fundamenta-se, com razão, na desnecessidade de se retê-la além do tempo suficiente à apuração dos fatos.

Por esses mesmos fundamentos, em reexame necessário, confirmo a sentença de concessão da segurança, nos seus exatos termos. Prejudicado o recurso voluntário.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Geraldo Augusto* e *Vanessa Verdolim Hudson Andrade*.

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

-:::-

## AÇÃO DE COBRANÇA - DESISTÊNCIA - CUSTAS - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - PAGAMENTO - ART. 26 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**Ementa: Ação de cobrança. Débito que já havia sido pago. Desistência. Custas processuais. Honorários de advogado.**

**- Responde pelo pagamento das custas do processo e de honorários de sucumbência a parte que ajuíza ação de cobrança e, verificando já haver sido pago o valor devido, desiste da ação.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0672.04.128844-6/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sete Lagoas - Apelados: Rede da Sorte e outra - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de março de 2006. - *Fernando Bráulio* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Fernando Bráulio* - Conheço da apelação, recurso próprio, tempestivo, regularmente processado.

Trata-se de apelação interposta por SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sete Lagoas contra a sentença pela qual a MM. Juíza de Direito da Vara de Fazenda e Autarquias da Comarca de Sete Lagoas homologou a desistência da ação de cobrança ajuizada contra a Rede da Sorte e Virgínia Maria Gonçalves.

Alega a recorrente que algumas das notas fiscais/faturas discriminadas na inicial permaneceram em aberto e só foram quitadas após a propositura da ação de cobrança; que a ação não foi sem motivo; e que houve a inversão do ônus da sucumbência após a declaração da sentença por meio dos embargos.

A apelada ofereceu contra-razões, em que alega que a requerente, ora apelante, deixou claro às f. 51/52 (71/72-TJ) e 57(77-TJ) que não é de seu interesse continuar com o feito, em razão de ter sido exaurida sua finalidade, e que cabe exclusivamente a ela, portanto, arcar com o ônus das custas processuais e dos honorários de advogado.

A sentença apelada não merece reparos.

Não há dúvida de que, com a desistência da ação, houve o reconhecimento da ora apelante do equívoco da cobrança de valores relativos às contas cujos valores já haviam sido pagos pela ora apelada.

A condenação em custas do processo e em honorários de advogado é prevista no art. 20 do Código de Processo Civil, não havendo ressalva para hipóteses de desistência.

Ao condenar o ora apelante ao pagamento das custas do processo e dos honorários de sucumbência, a MM. Juíza agiu em conformidade com o disposto no art. 26 do CPC.

Nesse sentido a jurisprudência dos nossos tribunais:

> Processual civil. Desistência da ação após a apresentação da resposta. Custas e honorários advocatícios. Responsabilidade do autor. Fixação criteriosa. Inteligência dos arts. 26 e 20, § 4º, ambos do CPC. Recurso conhecido e desprovido. - A desistência da ação, promovida após a apresentação de contestação, enseja a condenação do autor nas custas e honorários advocatícios, estes fixados de forma eqüitativa (TAPR - AC 0268097-7 - (227434) - Curitiba - 9ª C. Cív. - Rel. Juiz Wilde Pugliese - *DJPR* de 04.02.2005).

> Ação de alienação judicial. Desistência. Honorários e despesas pela parte que desistiu. Art. 26 do Código de Processo Civil. Irrelevância quanto ao motivo da desistência. Apelo conhecido improvido. Decisão unânime (TJSE - AC 0921/2004 - (Proc. 2638/2004) - (20042560) - 1ª C.Cív. - Rel. Des. Roberto Eugênio da Fonseca Porto - j. em 17.08.2004).

Por fim, o arbitramento dos honorários deu-se de acordo com o disposto no § 4º do art. 20 do CPC, tendo em vista que a ora apelada teve que constituir advogado para a defesa em primeira e segunda instâncias.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Silas Vieira* e *Edgard Penna Amorim.*

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTRATO ADMINISTRATIVO - MUNICÍPIO - ADVOGADO - ELABORAÇÃO DE PARECER - SERVIÇO DE NATUREZA SINGULAR - NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO - LICITAÇÃO - INEXIGIBILIDADE - ARTS. 13 E 25, II, DA LEI 8.666/93 - INTERPRETAÇÃO - ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO**

**Ementa: Constitucional e administrativo. Ação civil pública. Advogados. Contratação de serviços por Município. Licitação. Inexigibilidade. Elaboração de parecer. Serviço singular. Notória especialização. Improcedência do pedido. Manutenção. Inteligência do art. 37 da Constituição da República, arts. 13 e 25, II, § 1º, ambos da Lei 8.666/1993.**

**- A inexigibilidade de licitação configura-se pela conjunção da singularidade do serviço e da existência da notória especialização, com o que, atendidos tais requisitos, não há transgressão na contratação de serviços advocatícios, sem a realização de procedimento licitatório, fulcrados nessa exceção legal.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0518.04.060274-1/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Município de Poços de Caldas e Pinto Coelho Motta Bicalho Advogados Associados - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 6 de abril de 2006. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Proferiu sustentação oral pelo apelado a Dr.ª Ana Flávia Santos Patrus de Souza.

*O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira* - Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da sentença de f. 967/981-TJ, proferida em autos de ação civil pública para declaração de nulidade de contrato administrativo ajuizada em desfavor do Município de Poços de Caldas, que julgou improcedente o pedido inicial, objetivando o *Parquet* sua reforma, alegando, em apertada síntese, que a contratação de advogados para realização de parecer, consubstanciada em processo de inexigibilidade de licitação, é nula, pois nega vigência ao princípio constitucional da impessoalidade, contido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, tudo como posto nas argumentações desenvolvidas nas razões de f. 986/989-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou a presente ação civil pública visando à nulidade do "Contrato de Prestação de Serviços de Advocacia" firmado entre o Município de Poços de Caldas e Pinto Coelho Motta e Bicalho Advogados Associados, por meio do processo de inexigibilidade de licitação.

O digno Magistrado sentenciante houve por bem julgar improcedente o pleito exordial, ao fundamento de que "a licitação para o serviço de patrocínio de causas judiciais ou administrativas é inexigível, desde que de natureza singular, prestado por profissional com notória especialização, e seja totalmente inviável a competição" (*litteris*, f. 972/973-TJ).

Cabe registrar que a inexigibilidade de licitação é uma das exceções à obrigação da Administração Pública de licitar, que se configura quando há inviabilidade de competição, porque a qualidade reunida pelo pretenso contratado é exclusiva.

A inexigibilidade aplicável, *in casu*, encontra hipótese legal definida no art. 25, II, da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), *in verbis*:

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
> (...)
> II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; (...)

> § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
>
> O art. 13, V, da mencionada lei, estipula, por sua vez, que:
>
> Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
> (...)
> V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.
> Com efeito, a singularidade contida no art. 25, II, da Lei 8.666/1993 diz respeito às qualidades específicas do profissional, que é detentor de conhecimento peculiar sobre determinada matéria, porquanto está contida na notória especialização, que traduz a formação técnica, que se infere pela sua formação acadêmica, seus títulos, especializações, trabalhos publicados, atividades realizadas, dentre outros.

O administrativista José dos Santos Carvalho Filho elucida o tema com maestria:

> Não são quaisquer serviços que podem ser contratados diretamente, mas sim os serviços técnicos e especializados. O serviço é técnico quando sua execução depende de habilitação específica. A lei faz remissão ao art. 13, onde estão mencionados vários desses serviços, como os de pareceres, auditorias, fiscalização, supervisão, treinamento de pessoal, estudos técnicos ou projetos, patrocínio de causas, etc.
> Para a contratação direta, devem os profissionais ou as empresas revestir-se da qualificação de notória especialização, ou seja, aqueles que desfrutem de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade. A lei considera notória especialização o profissional ou a empresa conceituados, em seu campo de atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero. Por outro lado, é preciso que a Administração conclua que o trabalho a ser executado por esse profissional seja essencial e o mais adequado à plena consecução do objeto do contrato.
> (...)
> Além dessas características, impõe a lei que os serviços tenham natureza singular. Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que 'singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa'. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização (*in Manual de direito administrativo*, 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 226).

Assim, para configurar a inexigibilidade de licitação, haverá o administrador público que se nortear pela conjunção da singularidade do serviço com a existência da notória especialização.

> No caso dos autos, vislumbro motivo suficiente para não se exigir a realização da licitação, isso porque foi suficientemente demonstrada a notória especialização do advogado contratado, Professor Carlos Pinto Coelho Motta, renomado jurista, com dedicação ao Direito Administrativo, em especial ao estudo das licitações públicas, consoante demonstram os documentos de f. 422/858-TJ, formados por currículos, livros e trabalhos publicados, atividades exercidas, pareceres elaborados, congressos em que participou como conferencista, bancas examinadoras.

Por outro lado, o serviço contratado possuía natureza singular, o que se identifica pela análise do objeto do contrato (f. 117/119-TJ), exigindo a contratação de profissional com qualidades específicas, tais como as do advogado contratado.

É que, por decisão judicial, foi suspenso o processo de licitação para concessão do serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros no Município de Poços de Caldas, sendo que o contrato anterior estava com seu termo próximo, fato que ensejou o parecer de profissional especializado, para que houvesse a continuidade do serviço, com a melhor aplicação hermenêutica, evitando ilegalidade do ato administrativo.

Assim, a escolha do apelado, em face da sua notória especialização profissional, mormente, na área de licitação pública, foi relevante para que a Administração Municipal pudesse encontrar a solução jurídica que melhor atendesse à legalidade e, por conseqüência, ao interesse público, possibilitando a continuidade do serviço público de transporte coletivo municipal.

A propósito, é de todo conveniente trazer a lume ensinamentos do insigne Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema, segundo o qual:

> Parece-nos certo que, para compor-se a inexigibilidade concernente aos serviços arrolados no art. 13, cumpre tratar-se de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração (e que o contratado possua notória especialização). Se assim não fosse, inexistiria razão para a lei haver mencionado 'de natureza singular', logo após a referência feita aos serviços arrolados no art. 13.
> Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isto, irrelevante que seja prestado por 'A' ou 'B', não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessária, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse público a ser provido.
> (...)
> Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples executivos fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar - e diretamente - um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse. Assim também, haverá perícias, avaliações ou projetos de tal modo singelos e às vezes até mesmo padronizados que, ou não haveria espaço para ingresso de componente pessoal do autor, ou manifestar-se-ia em aspectos irrelevantes e por isso incapazes de interferir com o resultado do serviço.
> (...)
> Em suma: a singularidade é relevante e um jserviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos estes que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessários para a satisfação do interesse público em causa (*in Curso de direito administrativo*, 17. ed., Malheiros Editores, 2004, p. 506/507).

Ora, o que estava em jogo era o serviço público de transporte coletivo do Município, que poderia ser paralisado, razão pela qual o parecer concedido por um dos mais respeitáveis juristas da área era imprescindível para a Administração Pública, pois evitaria a ilegalidade, inclusive constatada em anterior ação civil pública (f. 913-TJ), que, por força de decisão judicial, determinou a suspensão do procedimento de licitação para concessão do aludido serviço.

O entendimento deste colendo Tribunal de Justiça, em casos similares, corrobora a possibilidade de inexigibilidade de licitação, o que deflui da transcrição dos seguintes arestos:

> Ação civil de improbidade administrativa. Contratação de advogado. Inexigibilidade de licitação. - A defesa do Município em ações propostas perante a Justiça do Trabalho pode ser patrocinada por advogado contratado pelo ente estatal, independente de licitação. Aplicação dos artigos 25, §1º, e 13, II, da Lei nº 8.666/93 (3ª CC, Apelação Cível nº 1.0400.00.002014-1/001, Comarca de Mariana, Rel. Des. Kildare Carvalho, j. em 15.06.2005, *DJ* de 28.09.2005).

> Ação popular. Ilegalidade do ato administrativo. Licitação. Inexigibilidade. Contratação de serviços técnicos (art. 25, II, Lei 8.666/93). Litigância de má-fé. Inocorrência. - Se o ato impugnado foi dotado de legalidade e legitimidade, não dando ensejo, outrossim, a prejuízo ao erário, inviável se torna a procedência da ação popular, sobretudo quando se tem em vista que a contratação de profissionais de notório saber jurídico não transgride a Lei de Licitações (6ª CC, Apelação Cível nº 1.0000.00.245468-4/000, Comarca de Governador Valadares, Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves, j. em 15.11.2002, *DJ* de 07.05.2003).

Cabe ressaltar que a inexigibilidade de licitação, *in casu*, não importa em violação ao

contido no art. 37, *caput,* da Carta Magna, pois é a presença de pessoalidade, que reside nas qualidades do contratado e no serviço singular a ser realizado, requisitos que são autorizados pela Lei 8.666/1993, que repudia qualquer ofensa aos princípios constitucionais.

Dessarte, não há qualquer nulidade no contrato de serviços advocatícios, realizado com inexigibilidade de licitação, pois, na espécie, houve conjunção da singularidade do serviço e da existência da notória especialização do contratado.

Com tais considerações, nego provimento à apelação interposta, confirmando, integralmente, a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, *ex lege*.

*O Sr. Des. Nepomuceno Silva* - Sr. Presidente. Além de notória, é ínsita a especialização dos sócios integrantes da sociedade profissional apelada. Daí, também, e por conseqüência, digo que há regularidade na contratação, como tenho, aliás, decidido em casos similares, porque, não só nesta Capital, como de resto no Brasil, existem escritórios especializados de advogados, como há os de engenheiros, de médicos, etc. Negar essa especialização é negar a própria evolução da qualificação profissional de todos esses laboriosos profissionais. Não podemos fechar os olhos para a realidade, portanto estou pedindo vênia para subscrever o voto do eminente Relator e negar provimento.

*O Sr. Des. Cláudio Costa* - Inteiramente de acordo com o Relator.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - JUROS - REDUÇÃO - ART. 406 DO CÓDIGO CIVIL/2002 - MULTA CONTRATUAL - ART. 52, § 1º, DA LEI 8.078/90 - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - CLÁUSULA POTESTATIVA - NULIDADE - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ - RESTITUIÇÃO EM DOBRO - IMPOSSIBILIDADE**

**Ementa: Apelação cível. Revisão de contrato. Instituição financeira. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Vedada a capitalização de juros. Comissão de permanência. Cláusula potestativa. Nulidade. Multa moratória. Redução. Repetição de indébito. Má-fé. Ausência. Restituição em dobro indevida. Repetição na forma simples.**

**- O magistrado pode interferir na relação contratual pactuada para minorar a situação de hipossuficiência de um dos contratantes, tendo em vista que um dos direitos básicos do consumidor é o de proteção contra cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços (art. 6º, IV, do CDC).**

**- Os serviços prestados pelos bancos e demais instituições financeiras são regulados pelo Código de Defesa do Consumidor.**

**- Sendo os juros cobrados superiores a 12% a.a., pode o magistrado primevo considerá-los abusivos, de modo a restabelecer o equilíbrio contratual entre as partes.**

**- A multa contratual deve ser cobrada no limite de 2% (dois por cento), tal como predica o art. 52, § 1º, do CDC.**

**- É potestativa a cláusula contratual que permite seja a comissão de permanência calculada à taxa de mercado. Tal ajuste coloca o devedor em desvantagem, em razão de sua dificuldade, para não dizer impossibilidade, de averiguá-la.**

**- Afastada a restituição em dobro, uma vez que não comprovada a má-fé da instituição financeira.**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2.0000.00.507790-7/000 - Comarca de Betim - Relatora: Des.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2.0000.00.507790-7/000, da Comarca de Betim, sendo apelante Rodrigo Malta da Silva e apelada Intermedium Crédito, Financiamento e Investimento S.A., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidiu o julgamento a Desembargadora Eulina do Carmo Almeida, e dele participaram os Desembargadores Hilda Teixeira da Costa (Relatora), Elpídio Donizetti (Revisor) e Fábio Maia Viani (Vogal).

O voto proferido pela Desembargadora Relatora foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 23 de março de 2006. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Sr.ª Des.ª Hilda Teixeira da Costa* - Trata-se de recurso de apelação interposto por Rodrigo Malta da Silva, por não se conformar com a r. sentença de f. 138/141, que, nos autos da ação proposta contra Intermedium Crédito, Financiamento, Investimento S.A., julgou improcedentes os pedidos iniciais, considerando perfeitamente cabíveis os juros pactuados pelas partes, e não evidenciada, pela prova pericial, a capitalização mensal de juros alegada, e condenando o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, suspensa a sua exigibilidade, tendo em vista o deferimento da assistência judiciária.

Alega o apelante que o MM. Juiz *a quo* se baseou tão-somente na EC 40, deixando de examinar todo o conjunto probatório contido nos autos, invoca a função social do contrato, normas do CDC e a jurisprudência de nossos tribunais, quanto à aplicação da legislação consumerista, frente à fragilidade do consumidor diante do poder econômico das instituições financeiras.

Aduz que, em se tratando de contrato de adesão, são nulas as cláusulas que sujeitam o ato de contratar ao arbítrio apenas de uma das partes, como no caso em apreço, não estando excluída do controle jurisdicional a possibilidade de revisão daquelas cláusulas.

Ao final, argüindo excesso da cobrança e as constantes e veladas ameaças, registra que pretende indenização pelos danos morais sofridos.

Intimado, o apelado apresentou contra-razões às f. 160-173, considerando absurdo o pedido de indenização por dano moral em sede de apelação, alegando inexistência de provas que demonstrem pactuação abusiva, impossibilidade de aplicação do art. 42, parágrafo único, do CDC, ausência de desproporção ou abuso nas taxas praticadas, impedimento constitucional ou legal para a cobrança de juros superiores a 12% (doze por cento) ao mês e inexistência de juros capitalizados.

Invoca, ao final, o princípio *pacta sunt servanda* e a impossibilidade da revisão contratual, requerendo seja negado provimento ao recurso.

Conheço do recurso porque próprio, tempestivo, regularmente processado, dispensado o preparo, tendo em vista o deferimento da assistência judiciária.

No entendimento do MM. Juiz *a quo*, desde a EC 40, de 29 de maio de 2003, foram revogados os incisos e parágrafos do art. 192 da Constituição Federal e, na esteira desta interpretação, considerou não ser possível a aplicação da taxa de juros de 12% (doze por cento) ao ano, tendo em

vista a ausência de lei complementar, regulando a matéria, razão pela qual julgou improcedente o pedido de revisão, considerando como não provada a capitalização mensal de juros.

Entretanto, razão assiste ao apelante, pelo menos em parte.

Inicialmente, é importante esclarecer que, pela Súmula nº 297, aprovada em 12.05.2004, o STJ deliberou que as instituições bancárias estão incluídas no Código de Defesa do Consumidor. Assim, não resta dúvida de que o contrato firmado entre as partes é de relação consumerista, a qual deve ser protegida pelo CDC.

Dessa forma, sedimentou-se este entendimento, resultando no reconhecimento do direito de o magistrado interferir na relação contratual pactuada para minorar a situação de hipossuficiência do contratante.

Isso decorre de ter ficado limitada a liberdade contratual nos contratos de adesão firmados entre as partes na moderna sociedade de consumo.

Cláudia Lima Marques, expressamente, salienta esse ponto de vista no trecho abaixo transcrito:

> A limitação da liberdade contratual vai possibilitar, assim, que novas obrigações, não oriundas da vontade declarada ou interna dos contratantes, sejam inseridas no contrato em virtude da lei ou ainda em virtude de uma interpretação construtiva dos juízes, demonstrando mais uma vez o papel predominante da lei em relação à vontade na nova concepção de contrato (*in Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed., p. 225).

Portanto, devem ser considerados abusivos os juros cobrados e aplicada a taxa de juros legais, fixados em 1% (um por cento) ao mês ou 12% (doze por cento) ao ano, vedando-se sua capitalização, como se passará a expor.

A estipulação de juros acima de 12% (doze por cento) ao ano configura exorbitância apta a ser decotada pelo magistrado, adequando-a àquele patamar legal. E, a despeito da revogação do art. 192, § 3º, pela EC 40/03, os juros legais ainda restam nesse valor.

Isso porque o novo Código Civil estabelece, em seu art. 406, que os juros "serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional". Ora, o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional estabelece que "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês".

Nesse sentido, o egrégio Conselho da Justiça Federal, em recente estudo acerca do novo Código Civil, elaborou e aprovou o Enunciado 20, no qual entendeu que "a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês.

Portanto, qualquer que seja a taxa utilizada, deverá se ater ao patamar de 12% (doze por cento) ao ano, salientando-se que, até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 40, de 2003, que revogou o art. 192, § 2º, da CF/88, o valor máximo da taxa de juros era também de 12%, percentual que adoto.

Continuando, não se pode esquecer que a intenção do legislador desde 1988 foi limitar os juros no patamar de 12%, intenção que ainda se encontra presente na EC nº 40/03, que deve ser interpretada de acordo com a própria ordem constitucional, que tem como um de seus fundamentos os valores sociais do trabalho, e não a especulação financeira, que garante a proteção ao consumidor e repele o enriquecimento ilícito.

Quanto à capitalização de juros, entendo que indevida em nosso ordenamento jurídico, mesmo que expressamente convencionada, por caracterizar enriquecimento ilícito, excetuados os casos que possuem expressa previsão legal; entretanto, no caso dos autos, o apelante não cuidou de quesitar a respeito, não restando evidenciada a prática pela prova pericial realizada, conforme registrado na sentença.

Quanto à imposição de multa em 10%, a Lei nº 9.298/96, que deu nova redação ao § 1º

do art. 52 do CDC, determina que a mora pelo inadimplemento no termo da obrigação não poderá ser superior a 2% do valor devido. Dessa forma, deve ficar reduzida a tal patamar.

No tocante ao pedido de compensação dos valores, entendo que deve ser atendido, sob pena de se tornar inócua a prestação jurisdicional. Após a exclusão das parcelas abusivas, se se constatar a existência de valores pagos a maior, deverão ser devolvidos ao autor, sendo tudo apurável em liquidação de sentença; não acolho, contudo, o pedido de pagamento em dobro, já que afastada a má-fé, por se tratar de matéria não pacífica nos tribunais pátrios.

Relativamente ao pedido de indenização por danos morais, feito na inicial, e não nas razões de recurso, conforme alegado pelo apelado, os motivos que fundamentam o pedido - todo tipo de coação e humilhação, e incessantes ligações telefônicas, expondo-o em situação vexatória - não restaram provados e não justificando a condenação da apelada por danos morais.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação interposta, para decotar os juros remuneratórios a 12% ao ano e determinar, em caso de existência de saldo devedor do apelante para com o apelado, a atualização monetária pelo INPC, devendo incidir desde a citação originária, devendo a restituição ser feita pela forma simples, mantendo a r. sentença *a quo* quanto à declaração de nulidade das cláusulas referentes aos juros capitalizados e sua restituição em dobro ao autor, determinando seja o cálculo da condenação feito em liquidação de sentença.

Custas, em 30% pelo apelante e 70% pelo apelado, fixados os honorários para o último em R$ 600,00 (seiscentos reais), devendo os mesmos ser compensados.

-:::-

**INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - REGISTRO DE IMÓVEIS - AUSÊNCIA - UNIDADE AUTÔNOMA - OUTORGA DE ESCRITURA - IMPOSSIBILIDADE**

**Ementa: Condomínio. Incorporação. Indispensabilidade.**

**- A incorporação devidamente registrada é ato substancial e essencial que habilita o incorporador a promover a venda das unidades autônomas e respectivas frações ideais do terreno. Somente pode ser incorporador pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, proprietária do terreno ou detentor de contrato particular de compra e venda, cessão ou permuta com cláusulas de irrevogabilidade e irretratabilidade, sem cláusula impeditiva de alienação de frações ideais, devidamente registrado. Antes do arquivamento dos documentos previstos no artigo 32 da Lei nº 4.591/64 no cartório competente para o registro, é vedado ao incorporador negociar sobre unidades autônomas.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.01.082809-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Gustavo Henrique Fonseca e Silva - Apelado: Sérgio Fabian Beloff - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de abril de 2006. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. José Affonso da Costa Côrtes* - Conheço do recurso por presentes os requisitos para sua admissibilidade.

Trata-se de ação na qual pretende o autor apelado a outorga de escritura definitiva de unidade autônoma ajuizada contra o réu apelante, afirmando que com ele celebrou contrato (07/11) em 05 de novembro de 1994, no qual o réu apelante, na qualidade de proprietário de um imóvel urbano, cedeu-o ao autor apelado para que nele construísse um edifício de apartamentos, e, após concluída a obra, este lhe outorgaria o título definitivo, mas, como não o fez, notificou-o para tanto, sem qualquer êxito.

Resposta apresentada ao réu esclarece que em momento algum a outorga da escritura foi negada; que inclusive notificou o autor para providenciar os documentos necessários para sua lavratura, sem que este tomasse as devidas providências.

Processo devidamente instruído, sentença de f. 126/131, julgando parcialmente procedente a ação, condenando o réu apelante a outorgar a escritura definitiva no prazo de 30 dias, rejeitando o pedido de indenização por danos moral e material, responsabilizando-o ainda pelo pagamento parcial das custas, devidamente corrigidas, mais juros moratórios e honorários de advogado arbitrados em R$1.000,00.

Recurso de f. 123/139 com reedição dos argumentos e fundamentos da contestação, reafirmando que jamais negou a outorga do título definitivo e que não poderia o apelado transacionar as unidades construídas e respectivas partes ideais no terreno sem antes regularizar a incorporação imobiliária junto a cartório competente, finalizando com pedido de reforma da sentença quanto à imposição da sucumbência com a respectiva inversão e que seja determinado que a outorga da escritura seja nos moldes do contrato, ou seja, como permuta, e não como compra e venda.

Ao exame dos autos, constata-se que o apelante, sendo proprietário do lote nº 17 da quadra 48 do Bairro dos Buritis, registrado sob o nº 5 da matrícula 15.936 - 1º Ofício de Registro de Imóveis desta Capital, cedeu-o ao apelado para construção de edifício com cinco pavimentos, incluindo garagem no subsolo, pilotis, *hall* de entrada e mais três pavimentos com dois apartamentos cada, totalizando seis unidades, cada qual com direito a uma vaga na garagem, das quais a de nº 402, correspondente à fração ideal 0,16469, com área total de 178,385 metros quadrados e área equivalente de construção de 147,335 metros quadrados (cláusula quinta), seria entregue ao apelante como forma de pagamento do terreno, enquanto que as demais unidades de nº 201- 202 - 301- 302 e 401, com suas respectivas partes ideais do terreno, seriam comercializadas pelo apelado como forma de reembolso dos custos da construção, registrando ainda que, na forma do parágrafo primeiro do cláusula sétima, essa cessão do terreno não implicaria em hipótese alguma a transferência de propriedade do lote, permanecendo até a ultimação da construção na plena propriedade do apelante (promitente primeiro permutante).

Verifica-se ainda a inexistência da incorporação, que constitui a atividade exercida com intuito de promover a construção para alienação total ou parcial de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas (parágrafo único, art. 28, Lei nº 4.591/64), e para tanto será considerado incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais do terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas (artigo 29 da mesma lei), e a iniciativa da incorporação e a responsabilidade somente poderão ser do proprietário do terreno, do promitente comprador cujo contrato de compra e venda, cessão de direitos ou permuta com cláusula de imissão de posse irrevogável e irretratável sem cláusulas impeditivas de alienação em frações ideais (artigo 31, letra *a*, c/c o artigo 32, letra *a,* da lei mencionada), e o incorporador somente poderá transacionar unidades autônomas após ter arquivado em cartório os documentos mencionados no artigo 32.

Embora se encontre no documento de f. 84/92 a menção de que o apelado, Sérgio Fabian Beloff, sua esposa, Carlos Vaintraub e sua esposa se intitulem incorporadores, não existe

nos autos qualquer prova de que a incorporação tenha sido formalizada com seu respectivo registro no Cartório Imobiliário nos termos do artigo 167, inciso I, nº 17, da Lei nº 6.015/73 - Registros Públicos, nem poderiam ser incorporadores e levar a registro a incorporação, porque não são proprietários do terreno nem compromissários compradores, cessionários de direitos ou permutantes com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade nos termos do artigo 32 da Lei nº 4.591/64, além do que o contrato de f. 07/11, em sua cláusula sétima, § 1º, já mencionada, dispõe que:

> O presente contrato não implica em nenhuma hipótese a transferência de propriedade do lote, que ficará até o fim da obra com a apresentação da baixa de construção e habite-se na plena e total propriedade do Promitente Primeiro Permutante.

Assim, o incorporador somente pode ser o proprietário do terreno ou o detentor de contrato de compra venda, cessão, permuta irrevogável e irretratável sem cláusula que impeça a venda de frações ideais, devidamente registrado; no caso, o único que teria condições de promover a incorporação seria o próprio apelante, e, se não quisesse fazê-lo, deveria outorgar ao apelado documento hábil que o habilitasse para tanto.

A falta de incorporação devidamente registrada impedirá que os adquirentes de unidades autônomas e respectivas frações promovam o registro de seus títulos aquisitivos, o que leva a concluir que os interessados, apelante e apelado, devem em primeiro lugar regularizar a incorporação, promover seu registro, para em seguida outorgar a escritura para os compradores das unidades e respectivas frações.

Estou a entender, diante do caso concreto, que houve permuta do imóvel (terreno) por uma unidade devidamente construída; portanto, não havendo dispêndio de numerário pelos contratantes, devem formalizar o título público definitivo, que é da essência do ato, para, em seguida, o apelado promover a incorporação com seu respectivo registro, inclusive com a convenção de condomínio.

O pleito ajuizado com a única finalidade de obter a escritura definitiva pretendida não resolverá totalmente a questão, porque a obra já se encontra acabada; o apelante não poderá outorgar mais direito de que é titular e, se não regularizada a incorporação, não terá condições de registrar a unidade que recebeu na permuta com o terreno.

Como já assentado, primeiro, deve-se regularizar a permuta entre apelante e apelado; segundo, promover a incorporação com o respectivo registro para, em seguida, outorgar os títulos definitivos aos terceiros adquirentes das unidades e frações, o que será feito pelo incorporador.

Por outro lado, os negócios somente não se concluíram por culpa tanto do apelante como do apelado ou por falta de orientação ou orientação deficiente ou incompleta de como proceder no caso de incorporação em condomínio vertical, daí por que cada qual deverá responder por 50% das custas, arcando cada um deles com os honorários de seus patronos.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos do voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Guilherme Luciano Baeta Nunes* e *Unias Silva*.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:::-

## MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - SUPERIOR HIERÁRQUICO - ATO IMPUGNADO - ENCAMPAÇÃO - LEGITIMIDADE PASSIVA

**Ementa: Mandado de segurança. Autoridade coatora. Ato impugnado. Encampação. Legitimidade.**

**- A autoridade hierarquicamente superior, apontada coatora, que não se limita a suscitar sua ilegitimidade, mas contesta o mérito da impetração, encampa o ato impugnado e torna-se legitimada para figurar no mandado de segurança.**

**Dá-se provimento à apelação.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.730491-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Sind. dos Trab. de Transp. Rodoviários de Belo Horizonte e Região - Apelado: Município de Belo Horizonte - Autoridade coatora: Prefeito do Município de Belo Horizonte - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2006. - *Almeida Melo* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Almeida Melo* - Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

A sentença de f. 263/264-TJ denegou a segurança postulada, por ilegitimidade passiva da autoridade coatora.

Sustenta o apelante, no recurso de f. 268/274-TJ, que o impetrado possui legitimidade passiva para o mandado de segurança, considerando que tem competência funcional para corrigir o ato impugnado, bem como porque encampou o ato impugnado. Diz que a imposição de 2º (segundo) grau completo pelo edital licitatório é medida absolutamente ilícita.

Contra-razões às f. 279/293-TJ.

Parte passiva no mandado de segurança é "a pessoa jurídica de direito público a cujo serviço foi praticado o ato, isto é, a União, o Estado ou Município". Esta a orientação do Prof. Celso Agrícola Barbi, que, ao se reportar às doutrinas de Seabra Fagundes, Castro Nunes e Temístocles Cavalcanti, conclui que:

> (...) a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora. Como já vimos anteriormente, o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem 'capacidade de ser parte' do nosso direito processual civil. A circunstância de a lei, em vez de falar na citação daquela pessoa, haver se referido a 'pedido de informações à autoridade coatora' significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como 'representante' daquela pessoa, como notou Seabra Fagundes, e não como parte (*Do mandado de segurança*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 154 e 155).

O mandado de segurança envolve sempre a parte passiva e sua representação necessária e especial, *ex lege*, pela autoridade coatora, que é a diretamente competente para o ato, que o pode defender da ilegalidade ou do excesso de poder, bem como desfazê-lo. Mediante a notificação da autoridade coatora, o Estado encontra-se regularmente citado para ação especial do mandado de segurança, porque não se encontra em demanda interesse mais amplo do que o refletido pelo ato do coator.

No caso, o Prefeito do Município de Belo Horizonte, a despeito de não se considerar autoridade coatora, impugnou o mérito da impetração para defender e, conseqüentemente, encampar o ato da autoridade de hierarquia inferior, a ela subordinada, nos termos das informações de f. 97/112-TJ.

Por isso, aplicável, na espécie, o entendimento de que o

> fato que erige a autoridade coatora não é seu silêncio sobre a preliminar, mas a encampação que efetua do mérito do abuso de poder ou ilegalidade; afinal secundária é a figura do agente público, quando a finalidade da segurança é a reparação do dano da autoridade do Estado como ente coletivo, não devendo o Judiciário ao apelar de uma preliminar, em nome de uma burocracia organizada, deixar de enfrentar o mérito para eliminar possível abuso do poder público que, quando existe, é mal maior que a flexibilização na análise dos pressupostos processuais (Alfredo Buzaid, *in Do mandado de segurança*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 176).

Sobre o tema, cito a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Mandado de segurança. Autoridade coatora. Encampação. Ilegitimidade não caracterizada. Precedentes. Dissídio jurisprudencial não comprovado. - 1. O STJ pacificou o entendimento de que, se a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a argüir a sua ilegitimidade passiva e passa a defender o ato impugnado, aplica-se a teoria da encampação e a sua coatoria torna-se legítima (REsp nº 285299/PI, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, *DJ* de 19.12.05, p. 301).

Acolho o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e dou provimento à apelação, para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos à Comarca de Origem para que outra seja proferida, afastando-se a preliminar de ilegitimidade passiva.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Célio César Paduani* e *Audebert Delage*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

## EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CHEQUE - PESSOA JURÍDICA - CONTRATO SOCIAL - EXIGÊNCIA DE ASSINATURA DE TODOS OS SÓCIOS - TERCEIRO DE BOA-FÉ - VALIDADE DO TÍTULO

**Ementa: Embargos à execução. Cheque. Pessoa jurídica. Terceiro. Ausência de assinatura de um dos sócios. Exigência do contrato social. Validade do título.**

**- O cheque emitido com a assinatura de apenas um dos sócios, quando o contrato social da empresa previa a necessidade da assinatura de todos os sócios, não se descaracteriza como título executivo perante o terceiro de boa-fé que o recebeu como pagamento, pois não se perfaz lógico pretender que este saiba daquela condição exigida no contrato social, se não houve relação negocial entre eles.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0672.05.182927-9/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Biomassa Ltda. - Apelada: WS de Lima & Cia. Ltda. - Relator: Des. LUCIANO PINTO

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2006. - *Luciano Pinto* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Luciano Pinto* - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

É de ver pela inicial da ação de execução que a ora recorrida forneceu à Empresa Siderúrgica Barão de Mauá Ltda. produtos, bem como lhe prestou serviços, e, como pagamento, lhe foram dados os cheques de f. 08/10, cuja emitente é a recorrente.

De tal narrativa, força convir que não houve qualquer relação negocial entre as partes deste processo, mas, tão-somente, foram dados à recorrida, como pagamento pelos produtos e serviços prestados, cheques de terceiro, *in casu*, da apelante.

Vê-se, ainda, dos autos que o contrato social da apelante prevê, em sua cláusula 4ª (f. 21), a necessidade da assinatura de seus sócios quando da emissão de títulos em seu nome.

Porém, os cheques dados como pagamento somente apresentam a assinatura de um dos sócios, qual seja a do Sr. Rafael Chaves Violante.

Assim, sustenta a recorrente a tese de impossibilidade de execução de tais títulos de crédito, em razão da inexistência desse requisito formal, exigido pelo contrato social.

Contudo, vejo que não lhe assiste razão.

Isso porque não se mostra razoável pretender que a apelada tivesse acesso a tal contrato social e soubesse dessa condição de validade do título, quando não houve, sequer, relação negocial entre as partes.

O que deve imperar, no presente caso, é a teoria da aparência, pela qual parece plausível imaginar que a apelada, ao receber tais títulos como pagamento, acreditava serem eles válidos, haja vista que, de pronto, os cheques não apresentavam qualquer inobservância dos requisitos de sua validade, figurando, portanto, a apelada como terceira de boa-fé.

Mais, o que se depreende dos contratos sociais da empresa apelante e da Empresa Siderúrgica Barão de Mauá Ltda. (f. 18 e 25) é que figuram, como sócios de ambas, os Srs. Bruno Chaves Violante e Rafael Chaves Violante.

Ora, de tal fato se infere que: a) a empresa apelante tinha ciência da utilização de seus cheques para pagamento do débito, e b) a Empresa Siderúrgica Barão de Mauá Ltda. sabia da condição exigida pela cláusula 4ª de f. 21 e, ainda assim, colocou os títulos em circulação, passando-os para a apelada, mesmo ciente da carência da assinatura de um dos sócios neles.

O que se depreende dos autos é que a apelante quer ver decretada a impossibilidade de execução de seus cheques, em razão da ausência da assinatura de todos os sócios; contudo, força convir que, quando da emissão de tais títulos, mesmo sabendo da exigência de tal assinatura, a apelante ignorou tal requisito e colocou os títulos em circulação.

Dessa feita, não pode ela, agora, alegar, perante terceiro de boa-fé, tal exceção, uma vez que foi ela quem incorreu em erro, permitindo a circulação de títulos que não obedeciam a tal requisito formal exigido por seu contrato social.

A propósito, nesse sentido, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, no julgamento da Apelação Cível n° 1000.058553-3:

> (...) O cheque emitido com assinatura de apenas uma das duas pessoas que o estatuto da pessoa jurídica exigia não se descaracteriza perante o terceiro de boa-fé, até porque quem o assina fica pessoalmente responsável perante este (art. 11, Decreto 57.595/66).

Defesas pessoais do emitente não são oponíveis contra o terceiro de boa-fé.

De resto, é de ver que tanto a apelante como a Empresa Siderúrgica Barão de Mauá Ltda., ao dar curso aos cheques, feriram o princípio da boa-fé objetiva, que norteia os contratos, tendo em vista que, mesmo cientes do defeito dos títulos, ainda assim os colocaram em circulação.

Além, é de ver, no contrato social da apelante, à f. 17, na cláusula 4ª, que versa sobre a administração da sociedade, a existência

desta permissão: “Os sócios assinarão individualmente e/ou em conjunto”.

Ora, o pagamento de serviços e produtos, ainda que em prol da empresa pertencente aos mesmos sócios, é ato de administração. Logo, são válidos os cheques em questão.

Assim, valendo-me da teoria da aparência, entendo que, se a apelante colocou os títulos em circulação, como se perfeitos fossem, deve-se preservar, em face do terceiro de boa-fé, a autonomia dos títulos, reconhecendo-lhes a validade, e acresço a isso o fato de que, como se tratou de ato de administração, válida foi a assinatura singular do sócio.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Márcia De Paoli Balbino* e *Lucas Pereira*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

## AÇÃO ORDINÁRIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - RETIRADA DE ANIMAL - CONDOMÍNIO - TRANSTORNOS - RISCO À SAÚDE DE CONDÔMINO - PROVA - REGIMENTO INTERNO - PROIBIÇÃO - SENTENÇA - PROMOÇÃO DE JUIZ - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

**Ementa: Obrigação de fazer. Prédio. Condomínio. Animal. Incômodo. Moradores. Comprovação. Procedência. Pedido. Sentença. Juiz. Promoção. Identidade física. Afastamento. Recurso. Improvimento.**

**- O princípio da identidade física do juiz é relativo, tendo em vista o afastamento por promoção, convocação, licença, cessação de designação para funcionar na vara, remoção, transferência e aposentadoria. Nesses casos não há a imprescindibilidade de que o juiz participante da audiência de instrução seja o mesmo a proferir a sentença.**

**- É indispensável a subserviência dos condôminos às normas do regimento interno do condomínio, e, se o mencionado diploma normativo dispõe sobre a proibição de animais causadores de incômodos aos demais moradores, deve ser tal dispositivo respeitado, sob pena de restrições ao morador infringente.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.03.132799-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Max André dos Santos - Apelado: Condomínio do Edifício Aquarius - Relator: Des. JOSÉ AMANCIO

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de junho de 2006. - *José Amancio* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. José Amancio* - Max André dos Santos apela da r. sentença proferida pelo MM. Togado Singular da 5ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - MG, que julgou procedente o pedido inicial da ação ordinária de obrigação de fazer, aforada pelo Condomínio do Edifício Aquarius, condenando o requerido a retirar definitivamente o cão descrito nos autos de sua unidade autônoma, situada no condomínio autor,

sob pena de multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais), condenando-o, ainda, no pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em R$ 500,00 (quinhentos reais), suspensa a exigibilidade devido à concessão da justiça gratuita.

O apelante argüiu a preliminar de nulidade da sentença por inobservância do princípio da identidade física do juiz, por ser o Julgador participante da audiência de instrução e julgamento distinto daquele que proferiu a sentença de f. 311/315.

Argúi também ultrapassado o prazo de 10 (dez dias) para a prolação da sentença, infringindo o artigo 189, inciso II, do Código de Processo Civil.

Afirma ter o animal temperamento dócil, além de não produzir sujeira nas áreas comuns do edifício, comprovando tal fato por meio de testemunhas.

Sustenta ser minoria dos condôminos que se incomodam com a presença do animal no edifício.

Assevera não haver prova quanto ao fato de ele contribuir para o quadro alérgico de um dos moradores.

Por fim, alega a existência de uma "postura discriminatória em relação ao apelante", configurada na permanência de outros cachorros no edifício, havendo restrição apenas quanto ao seu animal de estimação.

Pugna pela anulação ou reforma da r. sentença hostilizada.

Contra-razões às f. 332/336.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar.

Nulidade da sentença.

O recorrente alega inobservância do princípio da identidade física do juiz, por ter sido o Juiz Antônio Lucas Pereira quem presidiu a audiência de instrução e julgamento, sendo que a r. sentença vergastada foi proferida pelo Juiz Eduardo Veloso Lago

Imperioso relevar que o princípio da identidade física do juiz sofre algumas restrições, como são os casos de convocação, lincença, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria.

Nesse sentido é o entendimento doutrinário:

> Afastamento do juiz. Mesmo que tenha concluído a audiência, o magistrado não terá o dever de julgar a lide se for afastado do órgão judicial, por motivo de convocação, licença, cessação de designação para funcionar na vara, remoção, transferência, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria. (...) (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado.* 7. ed., Revista dos Tribunais, p. 533).

No caso *sub examine*, verifica-se ter sido o MM. Juiz Antônio Lucas Pereira promovido a Desembargador deste Tribunal em 16 de maio de 2005, antes de ser prolatada a r. sentença.

A propósito:

> Apelação cível. Indenização. Danos morais. Princípio da identidade física do juiz.
> - O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, cedendo em face de determinadas circunstâncias que autorizam que o julgamento seja procedido pelo juiz que não participou da colheita da prova oral.
> - A remoção do magistrado da vara onde tramita o processo encontra-se inserida entre as hipóteses hábeis a excetuar a aplicação do princípio da identidade física do juiz, devendo a sentença do processo já instruído ser prolatada pelo juiz que o substituir (TJMG, 3ª Câmara Cível, Ap. 383.744-9, Rel.ª Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto, julgado em 13.8.2003).

Ademais, consoante o artigo 132, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o juiz, ao prolatar a sentença, poderá determinar a

repetição das provas produzidas, caso entenda necessário. Se o MM. Juiz *a quo* não o fez, foi por avaliar como suficientes as provas carreadas aos autos para formar seu convencimento.

Quanto ao prazo para a prolação da sentença, mister esclarecer que o fato de ter sido o mesmo ultrapassado não gera a sua nulidade.

Além disso, a sentença foi prolatada em um prazo razoável diante dos inúmeros processos pendentes de decisão no Poder Judiciário.

Rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

Mérito.

O apelado propôs ação ordinária de obrigação de fazer, pela qual requer seja o apelante constrangido a remover de seu apartamento o canino da raça *Sheepdog,* que está sob sua guarda.

Nas razões recursais, o apelante alega que a permanência de seu animal de estimação no condomínio não causa incômodo algum para seus vizinhos.

No entanto, depreende-se da realidade dos autos que o referido animal está causando sérios transtornos no cotidiano dos moradores do prédio.

*Ab initio*, cumpre observar o atestado médico (f. 35), que relata estar acometido de rinite alérgica o morador do apartamento 202, não podendo conviver com os pêlos do animal caídos constantemente no chão das áreas comuns do prédio.

As atas de assembléia dos condôminos registraram a existência de incômodos causados pelo animal, tais com latidos altos, pêlos por ele deixados a esmo, além de defecar nas áreas comuns (f.43).

Ademais, verifica-se, no documento de f. 36-v., dos autos ter o apelante colocado a cadela na garagem do edifício para "cruzar" com outro cachorro, causando constrangimento aos moradores, sendo que esse acontecimento foi posteriormente confirmado pelo recorrente (f. 318).

Conforme dispõe o regulamento do condomínio "é proibida a permanência no Edifício de animais que incomodem ou possa incomodar os demais moradores"(artigo 17, f.15 dos autos).

A respeito dessas regras condominiais, assevera o ilustre jurista Caio Mário da Silva Pereira:

> A lei prescreve os direitos e as obrigações dos condôminos, e deve considerar-se irredutível a sua fixação. Partindo de que a convivência em um mesmo edifício deve subordinar-se a um complexo de normas mínimas de comportamento, o legislador estatui um *standard* de deveres, com a correlata correspondência de faculdades e um complexo de direitos, a que correspondem ora deveres particulares dos demais condôminos, ora deveres gerais negativos.
> (...)
> O possuidor de coisa comum tem o direito de não ser molestado pela conduta de seu compossuidor. E, se este transpõe o limite da juridicidade e vem causar-lhe incômodo ou lesar o seu direito, habilita-se o dono de apartamento a repelir o incômodo ou a agressão, de modo a conter o procedimento de seu consorte nos limites do respeito à sua esfera jurídica. (...) Proibindo a convenção a presença de animais, deve ser observada. Não constitui, entretanto, infração conservar animais que não tragam efetiva ocorrência de dano à saúde, ao sossego ou à segurança dos demais condôminos (*Condomínio e incorporações*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 124-125; 171).

É indubitável que a presença do animal vem causando incômodo e risco à saúde dos condôminos, motivo relevante para que ele não seja mantido no apartamento do apelante, em total obediência ao mencionado artigo 17 do Regimento Interno do Condomínio.

O argumento do demandado referente ao pequeno número de condôminos que se sente incomodado com a presença de seu animal de estimação é irrelevante.

A convenção de condomínio visa reprimir qualquer animal capaz de causar transtornos ao cotidiano dos moradores, independentemente do número de condôminos constrangidos.

Quanto à proposição formulada pelo apelante, em virtude da "postura discriminatória" dos outros moradores com relação a ele, também não procede, pois resta comprovado o incômodo em razão da cadela pertencente ao requerido.

Nesse sentido, é o panorama da jurisprudência:

> Civil. Condomínio. Animal em apartamento. - A propósito de animal em apartamento, deve prevalecer o que os condôminos ajustaram na convenção. Existência no caso de cláusula expressa que não atrita com nenhum dispositivo de lei. Recurso especial conhecido e provido (Acórdão: REsp 161737/RJ, Relator: Ministro Costa Leite, *DJ*, data: 08.06.98, p. 103, *RSTJ*, v. 107, p. 236 ).

Assim, as pessoas, ao optarem viver em coletividade, devem-se sujeitar aos limites do condomínio, não podendo ser infringidas as regras condominiais, sob pena de instalação do caos.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade de sentença, negando provimento ao recurso para manter incólume a r. sentença hostilizada.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Otávio Portes* e *Mauro Soares de Freitas*.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

**AÇÃO DE COBRANÇA - PENSÃO POR MORTE - ART. 40, §§ 7º E 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - AUTO-APLICABILIDADE - INTERESSE DE INCAPAZ - MINISTÉRIO PÚBLICO - FALTA DE INTIMAÇÃO - INTERVENÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL - PRESCRIÇÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - ART. 198, I, DO CÓDIGO CIVIL/2002 - JUROS DE MORA - PERCENTUAL - TERMO INICIAL - SÚMULA 204 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - VOTO VENCIDO**

**Ementa: Ministério Público. Ação versando sobre interesse de incapaz. Intimação não efetuada em primeira instância. Falta de intervenção ministerial suprida pela intervenção da Procuradoria de Justiça, em segundo grau. Ausência de prejuízo da parte incapaz. Desnecessidade de anulação do processo. Prescrição. Inaplicabilidade aos incapazes. Art. 198, I, do CC. Pensão por morte. Valor correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. Auto-aplicabilidade do art. 40, §§ 7º e 8º, da CF. Juros de mora. Prestações atrasadas. Caráter alimentar. 1% ao mês.**

**Sentença parcialmente reformada, em reexame necessário. Prejudicados os recursos voluntários.**

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.04.426433-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: J.D. da 1ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1ª) Maria das Graças de Oliveira, representada p/curadora Aparecida Dolores de Oliveira; 2º) IPSM - Inst. da Previdência dos Servidores Militares de MG - Apelados: IPSM - Inst. da Previdência dos Servidores Militares de MG; Maria das Graças de Oliveira, representada pela curadora Aparecida Dolores de Oliveira - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

**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 REFORMAR A SENTENÇA PARCIALMENTE,

NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS, VENCIDO PARCIALMENTE O VOGAL.

Belo Horizonte, 2 de fevereiro de 2006. - *Isalino Lisbôa* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Isalino Lisboa* - Conheço do processo, em reexame, bem como de ambos os recursos voluntários.

Cuida-se de ação ordinária de cobrança julgada procedente quanto ao seu pedido, na instância prima, para condenar o IPSM a pagar à autora, desde agosto de 1999, até a entrada em vigor da Lei nº 13.962/01, as diferenças devidas correspondentes à totalidade dos vencimentos do ex-segurado, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora de 12% ao ano, estes, a partir da citação, com fulcro no art. 406 do Código Civil e dada a natureza alimentar da verba, nos termos do art. 3º do Decreto-lei nº 2.322/87, afastando-se a pretensão de 0,5% ao mês, requerida em sede contestatória.

Condenado, ainda, restou o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária fixada em R$ 1.000,00, na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

Preliminarmente, verifico que o Ministério Público, cuja intervenção se fazia necessária, no feito presente, visto versar sobre interesse de incapaz (art. 82, I, do CPC), não foi devidamente intimado para tal, o que, nos moldes do art. 246 do *Codex* Instrumental, importa em nulidade do processo.

Contudo, em homenagem ao princípio da economia processual e, mormente, por não vislumbrar prejuízo à parte incapaz, entendo que a intervenção da Procuradoria de Justiça, em segundo grau, supre a falta de intervenção do *Parquet*, na singular instância, não acarretando a nulidade do feito.

Nesse sentido:

> A intervenção da Procuradoria de Justiça em segundo grau evita a anulação de processo no qual o MP não tenha sido intimado em primeiro grau, desde que não demonstrado o prejuízo no interesse do tutelado (VI ENTA - Concl. 42, aprovada por maioria; já retificada). No mesmo sentido: *RSTJ* 148/185.

Lado outro, no que concerne à respeitável sentença singela, tenho por correta a rejeição da preliminar de carência de ação suscitada, em seara contestatória, porquanto as razões que a embasam se confundem com o *meritum causae.*

Respeitante à aplicação da prescrição qüinqüenal, *in casu*, bem não se conduziu a ilustre Sentenciante, *venia data*, visto que o lapso prescricional não alcança os incapazes, nos termos do art. 198, I, do Código Civil.

Registra Fabrício Zamprogna Matiello, em seu *Código Civil Comentado*, LTR ed., p. 159:

> Os absolutamente incapazes não têm vontade jurídica própria, sento totalmente dependentes dos representantes legais para a defesa dos direitos assegurados em lei. Todavia, o só fato de terem representantes legais não garante a lisura procedimental destes ou o seu efetivo empenho na proteção dos interesses dos representados, razão pela qual o ordenamento jurídico estabelece diversas formas de resguardo aos direitos dos incapazes absolutos, entre as quais sobressaem a possibilidade de decretação *ex officio* da prescrição quando lhes for benéfica (art. 194 do CC) e também o impedimento ou a suspensão do transcurso do prazo prescricional enquanto mantido o estado de incapacidade.

Logo, enquanto perdurar o estado de incapacidade da autora, a suspensão do prazo prescricional é medida que se impõe, se é que, realmente, ele se efetivou.

No mais, resta induvidosa a auto-aplicabilidade dos preceitos contidos no artigo 40, §§ 7º e 8º, da Constituição Federal (como o era, anteriormente, o § 5º do mesmo dispositivo constitucional), prescindindo de lei regulamentadora a viabilizar tais comandos.

Dessarte, o benefício da pensão por morte que há de corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido se sujeita, tão-somente, aos limites a que se refere o art. 37, XI, da Carta Republicana.

Não cabe cogitar-se da fonte de custeio prevista no art. 195, § 5º, da Lei Maior Federal, visto que esta diz respeito à criação, majoração ou extensão de benefícios outros ou serviços de seguridade social, não alcançando, dessa forma, garantia jurídico-previdenciária originária de norma provida de eficácia plena de aplicabilidade direta, imediata e total.

Ademais, a Lei nº 13.962/01, que modificou o Estatuto do IPSM, se incumbiu, tão-somente, de consolidar as normas já contidas na Carta Republicana.

Diante disso, impõe-se a procedência do exordial pedido, suspendendo-se a incidência da prescrição qüinqüenal, enquanto mantido o estado de incapacidade da autora.

De resto, corretamente fixados foram os juros de mora, uma vez que: "Em se tratando de prestações atrasadas, ante seu caráter alimentar, os juros de mora são de 1% ao mês" (*RSTJ* 140/607).

Tais juros, nas ações relativas a benefícios previdenciários, incidem a partir da citação válida (Súmula 204 do STJ).

O *quantum* estipulado a título de honorários advocatícios deve ser mantido, visto que adequado e em consonância com a legislação processual pertinente (art. 20, § 4º, do CPC).

Não se pode olvidar que os honorários de advogado devem corresponder à justa remuneração do trabalho profissional, ainda que o vulto da demanda não justifique a despesa, sob pena de aviltar o trabalho dos i. causídicos.

Frente ao deduzido, em reexame necessário, reformo, parcialmente, o singular veredicto, tão-somente para afastar a prescrição, enquanto perdurar a incapacidade da autora.

No mais, hígido permanece o *decisum.*

Custas, *ex lege*.

Prejudicados os recursos voluntários.

*O Sr. Des. Fernando Bráulio* - Senhor Presidente. Peço vista dos autos.

*Súmula* - PEDIU VISTA O REVISOR. O RELATOR, NO REEXAME, REFORMAVA PARCIALMENTE A SENTENÇA E DAVA POR PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Presidente (Des. Isalino Lisbôa*) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 19.01.06, a pedido do Revisor, após votar o Relator, que, no reexame necessário, reformava parcialmente a sentença e dava por prejudicados os recursos voluntários.

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

*O Sr. Des. Silas Vieira* - Senhor Presidente. Peço vista dos autos.

*Súmula* - PEDIU VISTA O VOGAL. O RELATOR E O REVISOR, NO REEXAME, REFORMAVAM PARCIALMENTE A SENTENÇA E DAVAM POR PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Isalino Lisboa* - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 19.01.06, a pedido do Revisor, após votar o Relator, no reexame, reformando parcialmente a sentença e dando por prejudicados os recursos voluntários.

Foi novamente adiado na sessão do dia 26.01.06, a pedido do Vogal, depois de votar o Revisor, no reexame, reformando parcialmente a sentença e dando por prejudicados os recursos voluntários.

Com a palavra o Des. Silas Vieira.

*O Sr. Des. Silas Vieira* - Tenho entendimento divergente do i. Relator, tão-somente no que tange à prescrição.

Bem verdade que, à luz do art. 198, I, do CC/2002, não ocorre a prescrição contra os incapazes.

No caso posto em julgamento, fora nomeada curadora à autora em 25 de junho de 1999 (f. 10).

Como consignado pela i. Procuradora de Justiça, que subscreveu o parecer de f. 58/68 - Sirlene Reis Costa -, *verbis*:

> Embora seja indiscutível que a partir da decretação da interdição (sentença de natureza constitutiva) ou do despacho que a defere provisoriamente é que surge suspeita de que a incapacidade existia anteriormente, tenho que, no caso, não restou demonstrado qualquer indício de incapacidade da autora, naquela contemporaneidade, o que nos leva a presumir a sua capacidade no período anterior ao deferimento da curatela (f. 66).

De fato, à míngua de elementos que comprovem o real e efetivo início da incapacidade da autora, impende tomar como parâmetro o termo de compromisso de curatela acostado à f. 10.

Sendo assim, reformo parcialmente a sentença, para reconhecer como prescritas apenas as parcelas anteriores a 25.06.99, mantendo, quanto ao mais, a decisão monocrática, prejudicados os recursos voluntários.

É como voto.

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA PARCIALMENTE, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS, VENCIDO PARCIALMENTE O VOGAL.

-:::-

**PLANO DE SAÚDE - CONVÊNIO - AUTARQUIA FEDERAL - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL - TRANSFORMAÇÃO DO CARGO EFETIVO - PERDA DO VÍNCULO FUNCIONAL - FATO DO PRÍNCIPE - IMPREVISIBILIDADE - MANUTENÇÃO NO PLANO - FACULDADE DO SERVIDOR**

**Ementa: Apelação. Seguridade social. Assistência à saúde. Autogestão. Servidor público federal. Alteração do cargo. Perda do vínculo funcional com a autarquia patrocinadora. Imprevisão. Fato do príncipe. Manutenção no plano. Faculdade do servidor. Inclusão da União na gestão participativa. Adequação do regulamento à nova realidade jurídica.**

**- A perda do vínculo funcional dos servidores com autarquia federal e a conseqüente alteração da fonte pagadora através da transformação dos cargos efetivos caracterizam-se como fato do príncipe porque repercutem indiretamente na relação contratual havida entre aqueles e a operadora de plano de saúde, cuja previsibilidade não era possível à época em que se vincularam àquela patrocinadora. Inexistirá, em princípio, prejuízo ou penalidade para a operadora do plano de saúde porque a Lei nº 9.527/97, que alterou o art. 230 da Lei nº 8.112/90, regulamentada pelo Decreto nº 4.978/04, facultou ao servidor, ativo ou inativo, a assistência à sua saúde e de sua família, mediante convênio com entidades fechadas de autogestão, sem fins lucrativos, assegurando-se a gestão participativa da União, através de órgão responsável pela gerência da folha de pagamento.**

**- Com a alteração do vínculo funcional de seus segurados, compete à operadora do plano de saúde adequar seu regulamento à nova realidade, especialmente porque as normas às quais se submetem prevêem a cobertura aos ex-empregados, cuja omissão implica a manutenção dos segurados no plano.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0713.04.040500-1/001, EM CONEXÃO COM A APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.04.039422-1/002 - Comarca de Viçosa - Apelantes: Agros - Instituto UFV de Seguridade Social e outro - Apelados: Afonso Sérgio Correa de Faria e outro - Relator: Des. AFRÂNIO VILELA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2006. - *Afrânio Vilela* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Afrânio Vilela* - O recurso em exame foi interposto por Agros - Instituto UFV de Seguridade Social contra a r. sentença de f.164/173, que julgou procedente o pedido com o fim de determinar que a ré, ora apelante, mantenha os autores vinculados ao Plano de Assistência à Saúde - PAS/UFV, por ele mantido, condenando-a, ainda, ao pagamento das custas e honorários fixados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Na apelação de f. 178/195, o apelante alega que a manutenção da vinculação dos apelados ao plano de saúde viola as normas regulamentares e os princípios da autogestão e da autonomia, ensejando a responsabilização funcional dos diretores e a aplicação de pesadas multas pela ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar, bem como a perda da qualidade de entidade de autogestão, o que inviabilizaria seu funcionamento, além de afetar a economia da coletividade que compõe o plano de saúde, porque será descumprida norma contratual prevista no regulamento. Ressalta a impropriedade do controle difuso de constitucionalidade da MP nº 2.177-44/2001, a inaplicabilidade do art. 30 da Lei 9.656/98, a impossibilidade de escolha do plano de saúde como afronta ao princípio da dignidade humana e direitos do consumidor e a inocorrência do fato do príncipe. Considera os honorários advocatícios elevados e pugna, por fim, pelo provimento do recurso e conseqüente improcedência do pedido, ou a redução dessa verba sucumbencial.

Presentes os pressupostos de admissibilidade. Conheço do recurso.

Depreende-se dos autos que os autores, ora apelados, são servidores públicos federais ocupantes do cargo de Procurador Federal em exercício na Procuradoria Jurídica da Universidade Federal de Viçosa. Com o advento da MP nº 2.229, que instituiu essa carreira, foram excluídos do plano de saúde operado pela Agros - Instituto UFV de Seguridade Social, ora apelante, ao argumento de perda do vínculo funcional com aquela autarquia, patrocinadora desta.

Decido.

Sopesando o contexto dos autos, entendo que a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito, Osmar Gilson de Moura Luz, não merece reparos.

Em síntese do necessário, a irresignação do apelante consiste na manutenção irregular dos apelados no plano de saúde porque não estão vinculados e, por conseguinte, não são remunerados pelos patrocinadores UFV e Agros, situação que afronta as normas regulamentares e, por conseguinte, implicará a perda da qualidade de autogestão, além de trazer-lhe prejuízos financeiros. Entretanto, razão não lhe assiste.

A Lei Federal nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê a manutenção do consumidor nos planos ou seguro privado de assistência à saúde nos casos de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, nos seguintes termos, *in verbis*:

> Art. 30. Ao consumidor que contribuir para plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma também o pagamento da parcela anteriormente de responsabilidade patronal. (...)

Sobre esse texto normativo, o apelante ressalta a legalidade de seu ato, notadamente,

porque o § 5º deste artigo, incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001, exclui sua aplicação quando o consumidor for admitido como titular em novo emprego.

Por seu turno, o art. 10 do Regulamento do Plano de Assistência à Saúde PAS-UFV, conquanto estabeleça como uma das situações de exclusão do titular do plano o desligamento da patrocinadora, seu § 2º traz a seguinte exceção, inclusive citada no recurso de apelação, *in verbis*:

> Ao servidor ou empregado dos patrocinadores, participantes do Agros, que daqueles venham a desligar-se, por exoneração ou rescisão sem justa causa é dada a faculdade de manutenção no plano, desde que manifeste o interesse no prazo de até 30 (trinta) dias do desligamento, nas condições da legislação específica reproduzida nas normas internas complementares a este.

Da leitura desses textos normativos, entendo que a situação dos apelados, como bem enfatizou o MM. Juiz singular, de fato é atípica, principalmente porque não houve, a meu sentir, nenhuma das causas de exclusão do plano de saúde em questão, quais sejam: demissão ou exoneração.

Através dos artigos 39 e 40 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, houve somente a transformação dos cargos efetivos das autarquias e fundações federais denominados Procurador Autárquico, Procurador, Advogado, Assistente Jurídico e Procurador e Advogado da Superintendência de Seguros Privados e da Comissão de Valores Mobiliários em cargos de Procurador Federal, ou seja, a alteração da denominação atribuída ao cargo e do vínculo funcional com a posterior alteração da fonte pagadora.

Assim, criada a Procuradoria-Geral Federal pela Lei 10.480, de 2 de julho de 2002, à qual foi assegurada autonomia administrativa e financeira, vinculada à Advocacia-Geral da União, a remuneração do cargo de Procurador Federal ainda incumbia à autarquia ou fundação federal em que o servidor estivesse lotado, até que aquele órgão dispusesse de orçamento próprio. Logo, em relação aos apelados, somente a partir de janeiro de 2004, eles passaram a integrar a folha de pagamento da Advocacia-Geral da União (AGU), consoante a informação de f. 101.

É inegável, portanto, que os apelados se desvincularam da patrocinadora Universidade Federal de Viçosa - UFV, responsável pelo pagamento da remuneração e, concomitantemente, do recolhimento da contribuição ao apelante até janeiro de 2004, fato incontroverso. Entretanto, não se pode olvidar que esta situação ocorreu devido a fato alheio à vontade daqueles, caracterizando-se como fato do príncipe.

Ao contrário da argumentação do apelante, entendo que a alteração da situação funcional dos apelados, mediante aqueles textos normativos, repercutiu indiretamente na relação contratual em exame, cuja previsibilidade não era possível à época em que se vincularam à UFV.

Em relação ao alegado prejuízo bem como à possibilidade de serem penalizados, também há razão à irresignação, haja vista que a existência de legislação posterior que trata do tema, como a Lei nº 9.527/97, que alterou o art. 230 da Lei nº 8.112/90, facultando, desde então, a assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família, "pelo Sistema Único de Saúde - SUS ou diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou, ainda, mediante convênio ou contrato, na forma estabelecida em regulamento".

Para regulamentar essa matéria, adveio o Decreto nº 4.978, de 3 de fevereiro de 2004, cuja redação, alterada pelo Decreto nº 5.010/04, assegurou a assistência à saúde dos apelados da seguinte forma:

> Art. 1º A assistência à saúde do servidor ativo ou inativo e de sua família, de responsabilidade do Poder Executivo da União, de suas autarquias e fundações, será prestada mediante:
> I - convênios com entidades fechadas de autogestão, sem fins lucrativos, assegurando-se a gestão participativa; ou

> II - contratos, respeitado o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
> § 1º O custeio da assistência à saúde do servidor de que trata o caput deste artigo é de responsabilidade da União, de suas autarquias e fundações e de seus servidores.

Atenta a essas disposições normativas, a Advocacia-Geral da União responsabilizou-se pelo repasse periódico dos recursos aos órgãos ou entidades que continuam responsáveis pela quota-parte repassada anteriormente pelas autarquias e fundações, nas quais eram lotados os servidores, como a UFV, destinados ao custeio da co-participação junto ao apelante, *in verbis*:

> A unificação da folha de pagamento não prejudica a manutenção da opção dos servidores pelos atuais Planos de Saúde usufruídos nos órgãos ou entidades de exercício. As Secretarias de Orçamento Federal - SOF e de Recursos Humanos - SRH, em ação conjunta com a Secretaria-Geral da AGU, providenciarão o repasse periódico dos recursos da AGU para os órgãos e entidades que continuam responsáveis pela quota-parte da Administração no custeio do benefício (f.39).

Dessarte, mediante essa nova situação jurídica, compete ao apelante adequar seu regulamento a essa realidade. Entretanto, perante a ausência de previsão neste regramento interno, aplicam-se as disposições normativas que tratam do tema e facultam ao apelado opção pela manutenção no plano administrado por ele, merecendo destacar que, na própria classificação das operadoras de plano de saúde com autogestão patrocinada, inserta no inciso I do art. 6º da Resolução-RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000, da Agência Nacional de Saúde, há previsão de cobertura aos ex-empregados, *ipsis litteris*:

> ... entidade de autogestão ou empresa que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, responsabiliza-se pelo Plano Privado de Assistência à Saúde destinado, exclusivamente, a oferecer cobertura aos empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de parentesco consangüíneo ou afim, de uma ou mais empresas, e que possuam gestão própria.

Assim, como bem decidiu o Magistrado singular,

> ... entender de modo diverso acarretaria aos autores prejuízos injustificáveis, visto que deixariam de usufruir de condições das quais se beneficiaram durante longos anos, sempre contribuindo na forma que lhes era exigida. Têm eles legítimo interesse na permanência dessas condições, porque integradas ao seu acervo em virtude de situação jurídica na qual se inseriam e da qual foram retirados não por vontade, mas por imposição do Estado. Impingir-lhes, em razão disso, prejuízos que o próprio ente estatal procurou evitar, com fundamento na relação privada estabelecida entre as partes, seria admitir o retrocesso e negar que hoje essas relações já não são mais tão privadas assim, mas recebem influência de disposições superiores voltadas à garantia de valores mais elevados (f. 172).

Portanto, sendo o plano de autogestão, cuja participação dos apelados ficará a cargo da União, como patrocinadora, inexiste prejuízo ao apelante.

Por derradeiro, entendo que os honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais) se mostram razoáveis e em conformidade com os requisitos enumerados nas alíneas do § 3º do art. 20, parâmetro mencionado no § 4º, razão pela qual deve ser mantido.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso para manter a r. sentença monocrática.

Custas, pelo apelante.

*O Sr. Des. Marcelo Rodrigues* - Na esteira do voto do eminente Relator, Des. Afrânio Vilela, nego provimento ao recurso, porquanto os beneficiários não podem ser penalizados com a perda do benefício assistencial pela ocorrência do fato do príncipe (imprevisível à época em que se vincularam à patrocinadora do plano e alheio as suas vontades) e pela ausência de regulamento adequado à nova realidade, visto que os

servidores perderam o vínculo com a autarquia federal por transformação dos cargos, e não por exoneração ou demissão, como previsto no art. 10 do Regulamento do Plano de Assistência à Saúde PAS-UFV.

Com essas considerações, acompanho na íntegra o voto do eminente Relator para negar provimento ao recurso e manter a r. sentença pelos seus próprios e bem-lançados fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

*O Sr. Des. Duarte de Paula* - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## SEGURO - RENOVAÇÃO - CLÁUSULA CONTRATUAL - MODIFICAÇÃO - SEGURADORA - ABUSIVIDADE - INEXISTÊNCIA

**Ementa: Contrato de seguro. Renovação. Modificação de claúsulas. Abusividade. Inexistência.**

**- Inexiste qualquer abusividade da companhia seguradora em condicionar a renovação anual de contrato de seguro à modificação das cláusulas de cobertura.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 2.0000.00.488594-1/000 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Afrânio Ferreira Guimarães Filho - Apelada: Cia. de Seguros Aliança do Brasil - 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 AO APELO.

Belo Horizonte, 9 de maio de 2006. - *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

Pretende o apelante a reforma da decisão proferida ao argumento de ser flagrante a abusividade da modificação da cobertura contratual pretendida pela apelada, à luz dos artigos 39, 47, 48 e 51 da Lei 8.078/90.

Sustenta que por se tratar de contrato de renovação automática não pode a seguradora inovar na estipulação de cláusulas.

Ressalta que não restou demonstrado qualquer prejuízo ao equilíbrio econômico-financeiro a justificar a alteração contratual.

Apesar da argumentação articulada, entendo não assistir razão ao apelante.

De fato, assim como o MM. Juiz da causa, entendo que a apelada, na qualidade de companhia seguradora, não está obrigada a perpetuar o contrato de seguro celebrado com o apelante, nas condições em que foi originalmente estabelecido.

A abusividade decorreria do descumprimento das obrigações contratadas e da alteração destas no curso do contrato, ou ainda, à luz da legislação vigente, de sua alteração, unilateral, por ocasião da renovação e sem prévia notificação do consumidor.

No caso vertente, a intenção da seguradora em alterar as condições do contrato, comunicando ao segurado previamente sua intenção e condicionando a renovação do seguro à aceitação das novas condições, não implica violação ao que dispõe o artigo 51 da Lei nº 8.078/90.

Neste sentido é o entendimento firmado pelo extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, consubstanciado pelos acórdãos de nº 409333-8, Relator o Desembargador Batista Franco, e de nº 401256-4, Relator o Desembargador Armando Freire:

> Ementa: Ação declaratória. Contrato de seguro. Renovação não configurada. Nova contratação. Recurso não provido.
> - O contrato de seguro tem vigência anual. A legislação a respeito, especialmente o Decreto-lei nº 73/66, não deixa qualquer dúvida a esse respeito.
> - As companhias seguradoras não estão obrigadas a contratar, nem tampouco a renovar seus contratos. Só se vinculam ao segurado após a celebração do contrato, o qual, cumpre ressaltar, deve respeitar as normas legais de defesa do consumidor.
>
> Ementa: Apelação cível. Ação ordinária de obrigação de fazer. Seguro de vida em grupo. Vencimento anual. Renovação automática. Comunicação prévia acerca do desinteresse pela renovação. Previsão contratual. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Ausência de abusividade.
> - Desde que haja previsão contratual, manifestando com a devida antecedência o seu desinteresse pela renovação do seguro de vida em grupo, não pode a seguradora ser judicialmente obrigada a manter a relação contratual com as condições anteriormente avençadas.
> - As disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis nas relações entre consumidores e seguradoras visando o equilíbrio da relação contratual. Todavia, a negativa de renovação de contrato anteriormente celebrado, observada a data de seu vencimento, não se apresenta abusiva, desde que previamente acordada pelas partes e comunicada pela contratante interessada. O que realmente acarretaria o desequilíbrio contratual seria impor a uma das partes a renovação do contrato dentro de parâmetros que já não lhe são viáveis.

A imposição de manutenção das cláusulas originalmente contratadas implicaria caracterização de vício de manifestação de vontade da seguradora, implicando a inexigibilidade da obrigação contratada.

Isso posto, nego provimento ao apelo intentado, mantendo integralmente a decisão proferida.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Pereira da Silva* e *Evangelina Castilho Duarte*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

-:::-

**SERVIDOR PÚBLICO - EDUCADOR INFANTIL - PROFESSOR MUNICIPAL - QUALIFICAÇÃO E ATRIBUIÇÕES DIFERENCIADAS - EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA IGUALDADE - INAPLICABILIDADE**

**Ementa: Apelação. Servidor público. Educador infantil. Professor municipal. Princípio da igualdade. Equiparação de vencimentos. Impossibilidade. Qualificações e atribuições diferenciadas.**

**- Para a aplicação do princípio da igualdade, é preciso que a parte demonstre que se encontra em situação idêntica à de outros servidores, mas recebendo tratamento diferenciado.**

**- O cargo de professor municipal exige a conclusão de curso superior, bem como obriga a atribuições diversas daquelas conferidas ao educador infantil, cujo cargo exige tão-somente a conclusão do ensino médio.**

**- Não demonstrado o exercício de funções idênticas, exercidas por servidores de igual qualificação, impossível se mostra a equiparação de vencimentos.**

**Negar provimento ao agravo retido. Não conhecer da preliminar e negar provimento à apelação.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.733553-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Maria Izabel Vianna Miranda - Apelado: Município de Belo Horizonte - 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 AO AGRAVO RETIDO, NÃO CONHECER DA PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2006. - *Albergaria Costa* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Sr.ª Des.ª Albergaria Costa* - Trata-se de apelação interposta em face da sentença de f. 118/126, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, por não vislumbrar qualquer ofensa ao princípio da igualdade que pudesse justificar a equiparação dos vencimentos entre os cargos de educador infantil - exercido pela apelante - e de professor municipal.

Preliminarmente, a apelante requereu a análise do agravo retido interposto às f. 114/116, em que a parte se insurgia contra o indeferimento da produção de provas documental, testemunhal e pericial.

Caso seja desprovido o agravo retido, a apelante pede a reforma da sentença, sustentando que efetivamente os professores municipais e os educadores infantis exercem as mesmas funções, mas percebem remunerações diferentes, o que violaria diretamente o princípio da igualdade.

Assinala, ainda, que a conclusão da sentença seria modificada caso a apelante pudesse trazer aos autos as provas que pretendia produzir.

Intimado, o apelado apresentou contrarazões às f. 152/158, pugnando pela manutenção da sentença.

Converti o julgamento em diligência, que foi devidamente cumprida, tendo a contraminuta ao agravo retido sido apresentada à f. 169.

Desnecessária a intervenção do Ministério Público, tendo em vista a existência de interesse patrimonial do Estado, mero interesse da Administração, que não se confunde com o interesse público primário - direito indisponível - a que alude o artigo 82, III, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Conheço do agravo retido e da apelação, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade de ambos os recursos.

Do agravo retido.

Inicialmente, analiso o recurso de agravo retido, cuja apreciação foi requerida expressamente pela parte em suas razões recursais.

O agravo foi interposto contra o despacho de f. 113, que indeferiu a produção das provas pretendidas pela ora apelante, por entender que a matéria discutida seria unicamente de direito.

Nas razões apresentadas no recurso, a recorrente afirma que a decisão ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Todavia, entendo que a questão prescinde da produção de provas, já que o argumento trazido pela apelante - exercício de funções idênticas entre servidores que ocupam cargos diferentes - não necessita de qualquer prova pericial, testemunhal ou documental, visto que as atribuições e qualificações de cada cargo são definidas em lei e a verificação da possibilidade de aplicação do princípio da igualdade é matéria unicamente de direito.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo retido.

Da apelação.

Questão preliminar.

A apelante levantou preliminar de nulidade da sentença, sob o fundamento de que a prestação jurisdicional lhe teria sido negada, uma vez que violados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Todavia, trata-se de mera repetição da matéria já discutida no agravo retido anteriormente analisado, razão pela qual não conheço da preliminar.

Questões de mérito.

O núcleo da controvérsia refere-se à análise da ocorrência de ofensa ao princípio da igualdade. Verificar-se-á se a apelante se encontra em situação idêntica a outros servidores, mas recebendo tratamento diferenciado e que lhe seja prejudicial.

Vejamos a situação em que se encontra a apelante.

A Sr.ª Maria Izabel Vianna Miranda prestou concurso para o cargo de "educador infantil", tendo sido regularmente nomeada e empossada, tal como se vê no documento de f. 49.

O edital do certame a que se submeteu a ora apelante (f. 64/66) não deixava qualquer dúvida acerca das qualificações exigidas e das atribuições inerentes ao cargo de educador infantil.

Como se vê, o cargo exige a conclusão de ensino médio, na modalidade Normal, para atuar em atividades de educação infantil, exclusivamente com crianças entre 0 (zero) e 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de idade.

Delineadas a habilitação e a função exercida pela apelante, façamos uma análise idêntica em relação ao cargo ao qual se pretende a equiparação, qual seja o de professor municipal.

O Anexo II da Lei Municipal 8.679/02 exige a conclusão de curso superior, com habilitação para o magistério, para o exercício do cargo de professor municipal. Além disso, o servidor pode exercer suas funções tanto na educação básica, como na educação infantil, não se restringindo ao trabalho com crianças em idade pré-escolar.

Pela simples comparação entre as qualificações e as atribuições dos dois cargos, é possível perceber que não existe identidade de funções entre o professor municipal e o educador infantil.

De fato, a legislação permite que o professor municipal exerça as mesmas funções do educador infantil, ou seja, atue na educação de crianças com idade pré-escolar. Todavia, o inverso é vedado ao educador infantil, que não pode exercer todas as funções para as quais o professor municipal está habilitado.

A diferença se justifica simplesmente pelo nível de escolaridade exigido para o exercício dos cargos. Se para o professor municipal se exige a conclusão de curso superior, é razoável que as atribuições do cargo e o vencimento sejam diversos daqueles conferidos ao educador infantil.

Com efeito, pretender a equiparação entre os cargos significaria igualar os desiguais. As qualificações são diversas, as atribuições são diversas, e, conseqüentemente, o vencimento deve ser diferenciado.

Relativamente às alegações trazidas pela apelante sobre o regime único de férias, que conduziria à conclusão de que existe somente um magistério municipal, assinalo que tal argumento também não procede, já que a coincidência de férias não implica a identidade de cargos.

Servidores que exercem cargos totalmente diferentes podem ter períodos de férias idênticos, sem que isso signifique que as funções por eles exercidas são iguais.

Como se vê, sob nenhum enfoque se justifica a pretensão trazida pela apelante, que, na verdade, tenta desvirtuar o quadro de cargos e

carreiras do Município de Belo Horizonte, a fim de perceber o vencimento equivalente a servidores que ocupam cargos de nível superior.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

Custas, pela apelante, ficando suspensa a exigibilidade de pagamento, nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Schalcher Ventura* e *Kildare Carvalho*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, NÃO CONHECERAM DA PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

-:::-

## MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - DIREITO À SAÚDE - GARANTIA CONSTITUCIONAL - INTERESSE PROCESSUAL - CONCESSÃO DA ORDEM

**Ementa: Assistência médico-hospitalar. Interesse de agir. Existência. Direito à saúde, assegurado pela Constituição Federal.**

**- O perigo de dano à saúde caracteriza o interesse jurídico da parte, ressaltando-se que o cumprimento de liminar não esvazia o mérito da demanda.**

**- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada às pessoas pela Constituição da República. Traduz-se em bem jurídico legitimamente tutelado, devendo o Poder Público a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas velar de maneira responsável para garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.**

MANDADO DE SEGURANÇA N° 1.0000.05.422640-2/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: João Henrique Carvalho Gomes - Autoridade coatora: Secretário de Saúde do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. DUARTE DE PAULA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda o 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2006. - *Duarte de Paula* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Duarte de Paula* - Impetrou João Henrique Carvalho Gomes, perante a egrégia 8ª Câmara Cível da Capital, mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo Secretário de Saúde do Estado de Minas Gerais, visando ao recebimento do medicamento Fuzeon - 90, na ordem de um frasco duas vezes ao dia, pelo prazo determinado pelo médico.Com trâmite regular, vieram-me os autos para decisão.

Inicialmente, a propósito da suscitada ausência de interesse de agir, não merece acolhida.

O interesse processual localiza-se não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo a viabilizar a aplicação

do direito objetivo ao caso concreto. Assim, só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de um litígio, é que autoriza o exercício do direito de ação.

A respeito, a clássica lição do mestre Liebman:

> Interesse processual, ou interesse de agir, existe quando há para o autor utilidade ou necessidade de conseguir o recebimento do seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa. É, pois, um interesse de segundo grau, porque consiste no interesse de propor o pedido, tal como foi proposto, para a tutela do interesse que encontrou resistência em outra pessoa (...) Por isso brota diretamente do conflito de interesses surgido entre as partes, quando uma delas procura vencer a resistência encontrada, apresentando ao juiz um pedido adequado (*Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1947, p. 125).

No caso em análise, apesar de constar do Ofício nº 1.031/05, exarado pela Secretaria do Estado de Saúde de Minas Gerais, que o medicamento em questão já está sendo disponibilizado pelo Ministério da Saúde (f. 48), entendo que a prestação jurisdicional não se exauriu, pois sempre existe o risco de o fornecimento ser suspenso, o que pode ocorrer no caso em análise.

Ademais, não restou claro se tal disponibilização objetiva, tão-somente, cumprir a liminar deferida ou se possui caráter permanente. Desse modo, o interesse processual do autor consubstancia-se não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, razão pela qual rejeito a prefacial.

*Os Srs. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Isalino Lisbôa, Pinheiro Lago, Alvim Soares, Fernando Bráulio, Silas Vieira, Wander Marotta e Edgar Penna Amorim - De acordo.*

*O Sr. Des. Duarte de Paula* - Em sede meritória, pelo fato de o direito invocado encontrar-se expresso em norma legal e por necessitar o impetrante da utilização do medicamento denominado Fuzeon - 90, sob risco de vida, o mandado de segurança apresenta-se como via própria a assegurar sua pretensão.

Estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 196, ser a saúde:

> ... direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho elucida que o direito à saúde apresenta duas faces distintas: a da preservação da saúde e a da proteção da saúde, ressaltando:

> O direito à preservação da saúde tem como contrapartida as políticas que visam à redução do risco de doença. E, no seu prolongamento, se situa o próprio direito a um ambiente sadio. Está aqui uma preservação genérica, não individualizável da doença.
> O direito à proteção da saúde, na verdade é o direito, individual, à preservação da doença, a seu tratamento e à recuperação do doente. Traduz-se no acesso aos serviços e ações destinados à recuperação do doente ou enfermo (*Comentários à Constituição Brasileira*, edição 98, São Paulo: Saraiva, v. 2, p.198).

E o artigo 197 da Magna Carta prevê, expressamente, que compete ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, competindo-lhe, ainda, a execução de tais serviços, admitindo que as ações de saúde sejam prestadas por serviço instituído pelo Poder Público diretamente, ou por este indiretamente por meio de pessoas ou instituições conveniadas ou contratadas - os "terceiros" mencionados - (artigo 199, § 1º), ou por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Em seqüência ao dispositivo retromencionado, prevê o artigo 198, inciso II, ao tratar do Sistema Único, o "atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais", do que se deduz que, não possuindo a lei palavras inúteis,

todas as doenças e enfermidades serão objeto de atendimento, por todos os meios disponíveis da medicina moderna.

Evidencia-se, pois, dos dispositivos citados, que a saúde é direito constitucionalmente consagrado a todos, sendo dever do Estado assegurar ao paciente o direito de ser submetido ao procedimento hospitalar objetivado.

Assim, tendo todo e qualquer cidadão direito à saúde, não pode o Estado fugir a sua implementação, sob a alegação de insuficiência orçamentária, visto que o adequado tratamento de cidadãos doentes é obrigatório, não somente no que se refere ao fornecimento dos medicamentos necessários, como também quanto ao tratamento pertinente.

Acentuo que o comando da Carta Federal desobriga o acolhimento de restrições que não decorram de lei, devendo o acesso ao serviço público de saúde ser estendido a todos os cidadãos, importando o não-atendimento flagrante descumprimento de uma ordem constitucional, incumbindo, portanto, ao Município regulamentar e fiscalizar os serviços de saúde, sendo-lhe vedado impor restrições ou embaraços ao acesso da população a um dos maiores bens jurídicos inerentes à pessoa humana.

Nesse contexto, não se pode permitir que o requerido, através do SUS, deixe de prestar assistência ao paciente, valendo anotar que, se é possível a ocorrência de lesão grave e de difícil reparação às finanças do Município, como se poderia alegar, muito mais intenso será o dano decorrente da conduta de deixar de autorizar o procedimento requerido pelo impetrante, por lesionar bem de vida e direito fundamental do indivíduo.

Coadunando com tal entendimento, o excelso Supremo Tribunal Federal:

> O artigo 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou dificultar o acesso a ele (Recurso Extraordinário nº 226.835-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, publicado em Informativo STF nº 180 - *DJ* de 10.03.00).
>
> O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (Agravo Regimental nº 271286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, pub. no *DJ* de 24.11.00, julgado em 12.09.2000).

Da mesma forma este egrégio Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente:

> Mandado de segurança. Liminar. Requisitos. Presença. Município. Assistência médico-hospitalar. SUS. Paciente. Risco de vida.

Atendimento emergencial. - Legítima a decisão liminar proferida em mandado de segurança que determina ao Município o pronto atendimento de paciente submetido aos serviços do SUS, cuja sobrevivência dependa, comprovadamente, da realização de procedimento cirúrgico emergencial, porquanto imperiosa a preservação da vida, em obséquio da proteção aos direitos fundamentais, que, como frutos da própria natureza humana, são anteriores ao Estado e inerentes à ordem jurídica brasileira, a teor do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Nega-se provimento ao recurso (AI 246.200-0, julgado em 28.02.2002, Rel. Des. Almeida Melo).

Com efeito, em face da situação fática apresentada nos autos, comprovada documentalmente, e, considerando que a saúde é direito de todos e dever do Estado, entendo que a negativa do Secretário de Saúde do Estado de Minas Gerais em autorizar o fornecimento do medicamento Fuzeon - 90, para a realização do tratamento necessário, configura ato arbitrário, abusivo e contrário a princípio constitucional, devendo a segurança ser concedida.

Pelo exposto, concedo a segurança, a fim de assegurar ao impetrante, pelo tempo que este necessitar, o fornecimento do medicamento Fuzeon - 90.

Determino, por fim, que se envie cópia da presente decisão ao egrégio Tribunal de Contas do Estado para verificar o seu fiel cumprimento.

Custas, *ex lege*.

*Os Srs. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Isalino Lisbôa, Pinheiro Lago, Alvim Soares, Fernando Bráulio, Silas Vieira e Wander Marotta* - De acordo.

*O Sr. Des. Edgard Penna Amorim* - Sr. Presidente.

Acompanho o eminente Relator, porque, no caso, entendo suficientemente comprovada, não apenas a necessidade, como a possibilidade jurídica de atendimento da pretensão do impetrante por parte do SUS, até mesmo em razão do disposto na Lei Federal nº 9.313/96, aliás, invocada pela própria autoridade coatora.

Concedo a segurança.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E CONCEDERAM A SEGURANÇA.

-:::-

**DOAÇÃO - CUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO - REQUISITO ESSENCIAL - INEXECUÇÃO DO ENCARGO - REVOGAÇÃO - REVERSÃO DO BEM DOADO - POSSIBILIDADE - ART. 559 DO CÓDIGO CIVIL/2002 - INAPLICABILIDADE**

**Ementa: Processo civil. Ação de revogação de doação. Inexecução do encargo. Prazo de um ano. Inaplicabilidade. Doação condicional. Descumprimento. Revogação. Reversão do bem doado. Possibilidade.**

**- O prazo de um ano, estabelecido no artigo 559 do Código Civil de 2002, para a revogação da doação, apenas se refere à hipótese em que houver ingratidão do donatário, não abrangendo os casos em que a revogação é lastreada na inexecução do encargo.**

**- Se o donatário deixa de implementar o encargo a que se obrigou em decorrência de doação efetuada com base em lei municipal, impõe-se a revogação da referida doação, com reversão do bem ao patrimônio da Municipalidade.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0421.05.978279-5/001 - Comarca de Miradouro - Apelante: Sind. dos Produtores Rurais de Miradouro - Apelado: Município de Miradouro - 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 REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 6 de abril de 2006. - *Moreira Diniz* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Hélcio Corrêa Costa.

*O Sr. Des. Moreira Diniz* - Sr. Presidente.

É um prazer ver o Dr. Hélcio Corrêa Costa. Ouvi, atentamente, a sua sustentação oral e recebi do Município um memorial.

O meu voto é o seguinte:

Cuida-se de apelo contra sentença do MM. Juiz da Comarca de Miradouro, que, em ação ordinária movida pelo Município de Miradouro contra o Sindicato dos Produtores Rurais de Miradouro, julgou procedente o pedido, revogando a doação e determinando a reversão do bem doado ao patrimônio da Municipalidade, tendo em vista o descumprimento do encargo pelo réu.

No arrazoado recursal, aduz o réu prejudicial de mérito consistente na decadência do direito de a Administração Pública revogar a doação, tendo em vista o transcurso do prazo superior a um ano, previsto no artigo 559 do vigente Código Civil, não havendo como falar em prescrição. No mérito, alega a impossibilidade de cumprimento do encargo, porque a obrigação de prestar assistência médico-odontológica é de responsabilidade da União, Estados e Municípios, não sendo lícita a sua transferência para o apelante. Defende a existência de erro material na lei municipal que autorizou a doação, por ser o apelante um sindicato de produtores rurais, e não de trabalhadores, sendo que no imóvel doado se realizam diversos eventos que beneficiam tanto os produtores quanto os trabalhadores rurais.

Recurso respondido às f. 166/170.

Observo que foram satisfeitos os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual conheço do recurso.

Havendo preliminar, passo ao enfoque do tema.

A meu sentir, a preliminar levantada pelo apelante não merece prosperar, porque o prazo decadencial de um ano, estabelecido no artigo 559 do Código Civil de 2002, para a revogação da doação apenas se refere à hipótese em que houver ingratidão do donatário, não abrangendo, portanto, os casos em que a revogação é lastreada na inexecução do encargo.

Na hipótese de inexecução do encargo, não há prazo decadencial de um ano, mas prazo prescricional de 10 (dez) ou 20 (vinte) anos, conforme a aplicação da regra de direito intertemporal prevista no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, como bem entendeu o MM. Juiz, às f. 138/142.

Tomadas essas premissas, observo que, de fato, a presente ação de revogação de doação foi ajuizada dentro do prazo prescricional definido pela norma do artigo 2.028 do Código Civil de 2002, razão pela qual improcede o inconformismo do apelante.

Como a doação ocorreu em 13.11.92 (f. 10), e havendo lapso temporal de três anos para a implementação do encargo (artigo 2º da Lei Municipal nº 781/92 - f. 09), o prazo prescricional somente teve início na data em que o donatário incorreu em mora, ou seja, em 14.11.95, tendo em vista a existência de cláusula resolutiva expressa.

Já a vigência do atual Código Civil ocorreu em janeiro de 2003, de forma que não houve o transcurso de mais da metade do prazo estabelecido pelo Código anterior, que era de 20 (vinte)

anos (artigo 177 do CC/1916), razão pela qual o prazo a ser aplicado é o previsto no artigo 205 do CC/2002, ou seja, 10 (dez) anos.

Ajuizada a ação em maio de 2005 (f. 27), e citado o réu em 27 de junho do mesmo ano (f. 27 verso), interrompida está a prescrição (artigo 219 do Código de Processo Civil), cujo termo final apenas ocorreria em 14.11.05.

Em razão do exposto, por não restar configurada, quer a decadência, quer a prescrição, rejeito a preliminar.

*O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes* - Sr. Presidente. Também rejeito a preliminar, com as mesmas ponderações aludidas pelo eminente Relator em seu voto.

*O Sr. Des. Célio César Paduani* - Também rejeito a preliminar.

*O Sr. Des. Moreira Diniz* - No mérito, melhor sorte não socorre o apelante, porque o descumprimento do encargo é por ele confessado (artigo 348 do Código de Processo Civil), o que, por si só, já justificaria a reversão do bem doado.

O próprio apelante reconhece "a impossibilidade econômica" (f. 159) do cumprimento do encargo estabelecido, ao argumento de que a maioria da população municipal é constituída de trabalhadores rurais. A meu sentir, contudo, tal fato não pode ensejar a extinção do encargo, já que essa situação fática era do conhecimento do donatário desde a celebração da doação, no ano de 1992.

Correto o entendimento do MM. Juiz ao dispor que, "se não tinha condições de suportar o encargo, que não aceitasse a doação, ou, se possível, negociasse com a Administração uma forma de resolver a questão, mantido o interesse público" (f. 149).

A Lei Municipal nº 781/92 é clara ao dispor o seguinte:

> Art. 2º - Os terrenos doados, com benfeitorias neles existentes, reverterão ao Patrimônio Municipal, se a entidade donatária, no prazo de três anos, a contar da publicação desta Lei não os tiver utilizado para a edificação de sua sede, com dependências de prestação de serviços não remunerados, principalmente assistência médico-odontológica aos trabalhadores rurais (f. 09).

Dessa forma, a prestação de assistência médico-odontológica aos trabalhadores rurais é condição para que a doação se perfaça regular, restando inconsistente a alegação de erro material na referida legislação, já que o apelante é entidade sindical ligada aos produtores rurais.

A lei é clara e deve ser cumprida tal qual promulgada, desde que a condição imposta não seja ilícita. Assim, a prestação de serviço assistencial para os trabalhadores por sindicato pertencente à classe patronal não se reveste de qualquer ilicitude; se houve a aceitação da doação modal, o cumprimento da condição é requisito essencial, sob pena de desfigurar o próprio instituto.

*In casu*, além do reconhecimento pelo próprio apelante de que o encargo não foi cumprido, o documento de f. 11 revela que aos trabalhadores rurais do Município apelado "nunca foram oferecidas assistências médica e odontológica por parte do Sindicato dos Produtores Rurais de Miradouro".

Destarte, manter o bem doado no patrimônio do apelante sem a implementação do encargo a que se obrigou implica mitigação do interesse público, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Inconsistente também o argumento de que pretende o Poder Municipal transferir ao apelante obrigação que lhe é inerente.

Não se olvida que a saúde é direito constitucionalmente previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, extensivo a toda a população, constituindo dever da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Entretanto, como bem ressaltou o MM. Juiz, tal fato não obsta a celebração de negócio jurídico cujo encargo estabelecido é "uma espécie de

'contraprestação' do benefício que o ato outorgou ao ente particular" (f. 150).

Tanto isso é verdade que a obrigação do Município/apelado em prestar assistência médica aos munícipes persiste independentemente do cumprimento ou não do encargo, mesmo porque a obrigação do apelante apenas atinge parte da população municipal (trabalhadores rurais), e não a coletividade.

Com tais apontamentos, nego provimento ao apelo.

Custas, pelo apelante.

*O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes* - Sr. Presidente. Também acompanho o voto do eminente Relator, até mesmo porque a lei municipal, por S. Exª. referida, diz que os bens existentes nos terrenos doados reverterão ao patrimônio municipal, se a entidade donatária, num prazo de três anos, não cumprir a sua obrigação. No caso, aqui, a principal delas é a edificação para a assistência médico-odontológica aos produtores rurais.

S. Exª., o ilustrado advogado, fez uma ligeira confusão, ao dizer, da tribuna, que era, também, para os trabalhadores rurais.

O que mais pesa, no meu entendimento, para negar provimento, é que a doação foi feita com o objetivo único daquela finalidade, ou seja, o atendimento aos operadores do meio rural. Esse que era o interesse público.

Advindo a execução, seria até improbidade administrativa se o gestor público não tomasse essa providência.

Então, também, nego provimento ao recurso.

*O Sr. Des. Célio César Paduani* - Também nego provimento ao recurso.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## AÇÃO DE COBRANÇA - TAXA DE CONDOMÍNIO - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - RESCISÃO CONTRATUAL - PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL - OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*

**Ementa: Cobrança. Taxas condominiais. Contrato de promessa de compra e venda desfeito. Responsabilidade do proprietário do imóvel. Obrigação *propter rem.***

**- Mesmo que haja contrato de compra e venda, estando este sem registro e o negócio desfeito, responde pelas taxas devidas ao condomínio o proprietário do apartamento que daquele faz parte, sendo tal obrigação *propter rem.***

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.374119-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. FERNANDO CALDEIRA BRANT

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1.0024.04.374119-8/001, da Comarca de Belo Horizonte, sendo apelante Churrascaria Querência Ltda. e apelado Condomínio do Edifício Parque Firense, acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, NEGAR PROVIMENTO.

Presidiu o julgamento a Desembargadora Selma Marques, e dele participaram os Desembargadores Fernando Caldeira Brant (Relator), Afrânio Vilela (1º Vogal) e Duarte de Paula (2º Vogal).

O voto proferido pelo Desembargador Relator foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2006.- *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Fernando Caldeira Brant* - Como já narrado em relatório, trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de f. 109/112, proferida na 16ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação de cobrança de taxas de condomínio pelo rito sumário ajuizada por Condomínio do Edifício Parque Firense em desfavor de Ciro Augusto Argemiro e Churrascaria Querência Ltda., que acolheu a preliminar de carência de ação em relação ao primeiro requerido, julgando extinto o processo sem julgamento do mérito. Quanto à segunda requerida, rejeitou a preliminar de inépcia da inicial e de carência de ação, julgando procedente em parte o pedido da exordial e condenando a segunda requerida a pagar ao autor todas as taxas de condomínio vencidas e vincendas, com as correções estipuladas na sentença. Ambas as partes foram condenadas a arcar com os ônus da sucumbência.

Contra o *decisum* proferido em primeiro grau de jurisdição, Churrascaria Querência Ltda. interpôs apelação, estando as razões às f. 146/151. Narra os fatos ocorridos nos autos. Defende que a ilegitimidade passiva para atuar na lide é sua, e não do primeiro requerido, Ciro Augusto Argemiro. Afirma que o condomínio deve buscar a satisfação de seu crédito através de quem esteja como possuidor do imóvel, equiparando-se os promissários compradores com os proprietários. Sustenta ser condômino o promissário comprador por ser possuidor direto do imóvel. Ao final, pede o provimento do recurso.

Preparo à f. 165, recebido o recurso à f. 166.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

*A priori*, cumpre esclarecer que o caso em comento diz respeito a cobrança de taxas de condomínio por estar o condômino em atraso em relação ao pagamento das mesmas.

Diante do acionamento do Judiciário para o exercício da prestação jurisdicional, figurando no pólo passivo dois requeridos, o condomínio autor teve acolhidos os seus pedidos pela sentença, em relação à segunda requerida, excluído o primeiro da lide sob o fundamento de ser ilegítimo para atuar como réu.

Recorreu a segunda requerida, Churrascaria Querência Ltda., pretendendo o reexame da questão pelo Juízo *ad quem*.

Os fundamentos nos quais se baseia a recorrente dizem respeito à legitimidade para atuação no pólo passivo da lide. Defende que o imóvel ao qual se referem as taxas de condomínio que devem ser pagas foi vendido ao primeiro requerido, passando este a possuí-lo, razão pela qual deve ele responder pelas taxas de condomínio devidas.

De maneira alguma assiste razão à apelante.

Sob a análise da prova, é possível verificar que nada trouxe a apelante aos autos que pudesse demonstrar não ser devedora dos valores cobrados, ou por não ser sua a obrigação de condômino ou por já ter quitado todas as taxas condominiais das quais é credor o apelado.

A apelante é, sim, proprietária do imóvel, conforme o registro à f. 19, deixando de atacar a validade de tal documento.

Em que pese a recorrente defender que a responsabilidade pelo pagamento das taxas de condomínio é do Sr. Ciro Augusto Argemiro, em razão de contrato de compra e venda firmado, não é o que se verifica nos autos.

Realmente, há contrato particular de promessa de compra e venda firmado pelos dois requeridos, figurando o Sr. Ciro como promissário comprador, datando a avença de 26 de julho de 1996 (f. 05/14).

Contudo, frise-se que o negócio se realizou para o pagamento através de prestações, como pode ser visto na cláusula V (f. 06) e, de

acordo com o afirmado pela própria apelante, em virtude do inadimplemento do promitente comprador, ocorreu a rescisão do contrato, havendo inclusive ação reivindicatória para a retomada do imóvel (f. 41/48 e 58/64).

Dessa maneira, em momento algum a apelante deixou de ser proprietária do imóvel objeto da lide, perdendo apenas a posse direta, mas temporariamente, o que não afastava de nenhuma forma a obrigação de arcar com os valores correspondentes ao condomínio do imóvel.

As despesas do condomínio devem ser assumidas exatamente pelos proprietários das unidades que o compõem. Tais proprietários devem assumir a referida obrigação apenas pelo fato da propriedade, ainda que não ocupem o apartamento. O que ocorre é que a obrigação é *propter rem.*

O artigo do Código Civil/2002 é claro:

> Art. 1.336 São deveres do condômino:
> I - contribuir para as despesas do condomínio, na proporção de suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção.

Estando o prédio em funcionamento e o condomínio em plena administração e não comprovando a apelante que o apartamento à época da dívida era de propriedade de outrem, ou que já tenha pago os débitos, deve pagar os encargos cobrados na lide.

Ressalte-se que todas as defesas trazidas pelo apelante não são hábeis a afastar sua obrigação de proprietário.

É que ao condomínio credor de débitos de uma unidade não influem eventuais negociações que tenha o proprietário realizado com terceiros, se nada foi registrado em cartório, mormente considerando-se que o negócio foi desfeito.

Ao condomínio não interessa quem ocupava o apartamento quando as taxas deixaram de ser pagas, cabendo ao proprietário realizar o pagamento devido e, posteriormente, se voltar contra o ocupante do imóvel, com quem tinha relação particular, para cobrar o que entender devido.

O fato de ter ocorrido contrato de promessa de compra e venda, posteriormente desfeito, tendo como objeto o imóvel sobre o qual recaem os condomínios cobrados não exime o segundo requerido de arcar com o pagamento das taxas de condomínio que decorrem de obrigação *propter rem.*

As taxas condominiais devem ser pagas independentemente até mesmo de estar o recorrente ocupando ou não o apartamento, uma vez que, ainda que a unidade a ele pertencente não esteja sendo utilizada, faz parte do condomínio, e este tem constantes despesas que devem ser rateadas entre os condôminos, sob pena de alguns destes ficarem sobrecarregados arcando com a parte devida por inadimplentes.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, para manter na íntegra a sentença hostilizada.

Custas, pelo apelante.

-:::-

**AÇÃO DECLARATÓRIA - INEXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO - MÚTUO - INADIMPLEMENTO - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LETRA DE CÂMBIO - EMISSÃO - CLÁUSULA-MANDATO - CLÁUSULA POTESTATIVA - NULIDADE - ART. 122 DO CÓDIGO CIVIL/2002**

**Ementa: Ação declaratória de inexigibilidade de obrigação com cancelamento de protesto. Instituição financeira. Contrato de mútuo. Cláusula-mandato. Letra de câmbio. Emissão. Impossibilidade. Sentença mantida.**

**- Por sujeitar o devedor ao puro arbítrio da parte contrária, especialmente no que tange à indicação unilateral do valor da dívida no título de crédito, entende-se que a previsão de cláusula-mandato, a qual autoriza a instituição financeira a emitir letras de câmbio representativas de quantia devida pelo cliente, é nula, nos termos do art. 115 do CC/1916 com correspondência no art. 122 do CC/2002.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0672.01.048670-8/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Banco Itaú S.A. - Apelada: Organizações Di Paulo Ltda. - Relator: Des. IRMAR FERREIRA CAMPOS

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de abril de 2006. - *Irmar Ferreira Campos* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Irmar Ferreira Campos* - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de f. 100/105, que, nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de obrigação proposta por Organizações Di Paulo Ltda. contra Banco Itaú S.A., julgou procedente o pedido inicial, declarando nulas as letras de câmbio *sub judice* e, portanto, inexigíveis as obrigações delas derivadas.

Insurge-se o Banco Itaú, às f. 107/116, contra a citada decisão, ao argumento de que a emissão dos títulos foi efetivada em observância ao contrato entabulado entre as partes, sem qualquer abusividade; a recorrida estava ciente de que poderiam ser sacadas em seu desfavor, para cobrança, letras de câmbio representativas das quantias inadimplidas; a Lei Uniforme de Genebra e o Dec. nº 2.044/1908 autorizam tanto o saque de título por procuração como o protesto por falta de aceite; a Súmula 60 do STJ não tem aplicação ao caso presente, uma vez que em momento algum aceitou a obrigação cambial em nome da recorrida; a cláusula 12 da avença não se confunde com a "cláusula-mandato", porque não prevê qualquer tipo de outorga de poderes, mas tão-somente o saque da letra, posteriormente enviada a protesto para aceite.

Afirma, outrossim, que o saque foi legítimo justamente porque a recorrida é devedora da quantia cobrada; que inexistem motivos para a anulação dos títulos emitidos, sendo certo que a manutenção da r. sentença representará severa e injustificada punição ao legítimo credor; que, por todo o exposto, merece provimento o apelo, para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

O recurso não merece prosperar.

No caso em tela, observa-se que foram sacadas pelo apelante letras de câmbio (f. 20/21 e 32/33 da cautelar apensa) em face da apelada, em virtude de suposto débito referente aos contratos de abertura de crédito em conta corrente e desconto de duplicatas (f. 50/58 da cautelar apensa).

Analisando os termos dos referidos instrumentos, verifica-se que as cláusulas 11 e 12 prevêem a possibilidade de o banco apelante sacar, para cobrança, "letras de câmbio representativas de qualquer quantia em atraso", o que leva a concluir que, no referido contrato, de fato, está inserida a chamada cláusula-mandato.

Sabe-se que a cláusula-mandato é aquela por meio da qual se pactua autorização para o credor emitir, sacar ou aceitar título de crédito em nome do devedor, em relação a débito contratual eventualmente apurado pelo próprio credor.

Certo é que a previsão desse tipo de cláusula em contrato de adesão deixa o devedor à mercê do credor. É que, na hipótese de o devedor não aceitar a obrigação consubstanciada na

letra de câmbio, poderá o banco credor protestá-la e manejar execução, sem se preocupar com qualquer direito moral do devedor, uma vez que este concordou previamente com o saque do título representativo de qualquer quantia em atraso.

Por sujeitar o devedor ao puro arbítrio da parte contrária, especialmente no que tange à indicação unilateral do valor da dívida no título de crédito, entende-se que a previsão de cláusula-mandato nos contratos em geral é nula, nos termos do art. 115 do CC/1916, com correspondência no art. 122 do CC/2002.

Nesse sentido, a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> A lei destaca (Código Civil, art. 115, segundo membro; Anteprojeto de Código das Obrigações, art. 27), de entre as condições que invalidam o ato, aquele que o sujeita ao arbítrio exclusivo de uma das partes. É a chamada condição potestativa pura, que põe todo o efeito da declaração de vontade na dependência do exclusivo arbítrio daquele a quem o ato interessa: ... (*in Instituições de direito civil.* 19. ed. Ed. Forense, 2000, v. I, p. 366/367).

Sobre o tema, também ensina Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade:

> Cláusula-mandato. A representação tem de ser exercida no interesse exclusivo do representado. Cláusula-mandato, segundo a qual o mandante nomeia o mandatário para emitir cambial no interesse exclusivo dele, mandatário, em detrimento dos interesses do mandante, é nula porque configura conflito entre os interesses do representante e os do representado. Aliás, a simples potencialidade da existência do conflito já anula o negócio jurídico de autocontrato. Negócio jurídico celebrado mediante cláusula-mandato é contrato consigo mesmo proibido. A jurisprudência do STJ é firme em considerar nula a cláusula-mandato, havendo sumulado a matéria (*Código Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 209).

Demais, em se tratando de relação de consumo, a cláusula-mandato afigura-se como estipulação abusiva, nos termos do inciso IV do art. 51 do CDC, o que a torna nula de pleno direito.

Corroborando tal entendimento, o colendo Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 60, que dispõe ser "nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste".

Desse modo, a emissão de título de crédito com base em cláusula-mandato, em regra, não obriga o devedor a efetuar o pagamento da quantia expressa na cártula, haja vista que é nula a obrigação cambial assumida por procurador do devedor vinculado ao credor, no exclusivo interesse deste.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

> Letra de câmbio. Emissão realizada em decorrência de procuração outorgada pelo devedor através de cláusula contratual. Nulidade.
> - Apesar de não ser o aceite requisito formal da letra de câmbio, podendo sua falta ser comprovada pelo protesto, somente a partir desse ato é que o sacado possui a obrigação pelo pagamento do título.
> - Conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 60 do STJ, é nula a obrigação cambial assumida por procuração do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.
> - Destarte, é inválida a letra de câmbio emitida pelo credor, em decorrência de contrato de financiamento celebrado entre as partes, haja vista o patente conflito entre os interesses de mandante e mandatário (Apelação Cível nº 445.561-8 (em conexão com Apelação Cível nº 445.566-3), Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Mariné da Cunha, j. em 29.10.2004).

A propósito, colhe-se da jurisprudência do eg. STJ:

> É nula a cláusula contratual em que o devedor autoriza o credor a sacar, para cobrança, letra de câmbio representativa de qualquer quantia em atraso (REsp nº 95.625/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter).

> Invalidade da cláusula que autoriza o credor a emitir letra de câmbio com plena eficácia, independentemente de aceite. Sustação de protesto deferida (REsp nº 202.648/ES, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

> É nula a cláusula-mandato inserida em contrato de adesão em que o devedor autoriza o credor a sacar letra de câmbio representativa de qualquer das suas obrigações (AgAgI nº 235.112, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

De outro lado, embora a letra de câmbio possa ser à ordem do próprio sacador e possa ser sacada sobre o próprio sacador, conforme art. 3º da Lei Uniforme (Decreto 57.663/66), deverá conter o mandato puro e simples de pagar uma "quantia determinada" (art. 1º, nº 2), ou seja, já apurada, definida, fixa.

Nessa esteira, é força convir que fica vedada a emissão de letra de câmbio por quantia unilateralmente fixada pelo credor, o que ocorreu no caso em tela e deve ser repelido.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, para manter a r. sentença de primeiro grau.

Custas, como na decisão objurgada.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Luciano Pinto* e *Márcia De Paoli Balbino*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

## INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - CIRURGIA - ERRO MÉDICO - NEGLIGÊNCIA - PROVA - HOSPITAL - OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

**Ementa: Responsabilidade civil. Indenização. Danos morais. Cesariana. Perfuração de bexiga. Negligência. Prova. Médico. Hospital. Operadora de plano de saúde. Responsabilidade solidária.**

**- Resta configurada a legitimidade passiva do hospital para ação de indenização proposta em face de suposto erro de médico integrante do seu corpo clínico, tendo em vista que cabe àquele zelar pela eficiência dos serviços prestados, principalmente considerando-se a confiança depositada pelo paciente no hospital.**

**- A fornecedora de plano de saúde é parte legitimada passiva para responder por erros atribuídos a médicos vinculados a ela, mormente em ocorrendo a suposta conduta antijurídica no hospital por ela credenciado, tendo em vista a sua obrigação de zelar pela qualidade e eficiência dos serviços médicos contratados e colocados à disposição do paciente.**

**- Para a responsabilização do médico por dano causado a paciente, faz-se necessário que resulte devidamente comprovado pelo autor da pretensão que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia por parte do médico. Nesses casos, o médico e a instituição que fornece os planos de saúde respondem solidariamente pela deficiência do serviço custeado pelo plano.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.627783-3/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1ª) Vânia Lúcia de Paula Moura; 2ª) Golden Cross Seguradora S.A.; 3ª) Gestho Gestão Hospitalar S.A. - Apeladas: as mesmas - Relator: Des. LUCAS PEREIRA

**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 REJEITAR AS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE DA TERCEIRA E DA SEGUNDA APELANTES E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO A TODAS AS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 1º de junho de 2006. - *Lucas Pereira* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Produziu sustentação oral, pela Gestho Gestão Hospitalar S.A., terceira apelante, o Dr. Marden Drumond Viana.

*O Sr. Des. Lucas Pereira* - Conheço dos recursos, porque próprios, tempestivos, sendo devidamente preparadas as 2ª e 3ª apelações, estando sem preparo a 1ª apelação, por estar a 1ª apelante sob o amparo da justiça gratuita.

Passo a analisá-los conjuntamente, visto que as matérias devolvidas a este Tribunal se encontram interligadas, devendo ser analisadas num mesmo contexto, com o intuito de fornecer uma prestação jurisdicional fundamentada e coesa.

Preliminares de ilegitimidade passiva.

Inicialmente, cumpre a análise da preliminar de ilegitimidade passiva da 3ª apelante, sob a fundamentação de que não pode responder por erro de médico sem vínculo empregatício, bem como por alegar não estarem em discussão os serviços prestados pelo hospital, mas apenas erro médico.

É cediço que a autora foi atendida no Hospital Belo Horizonte, de propriedade da 3ª apelante, para realização de cirurgia de cesariana, sendo atendida por médicos e enfermeiros que, certamente, se encontram no corpo clínico do hospital.

Com efeito, o simples fato de o paciente adentrar as dependências do hospital, sob os cuidados de um dos membros de sua equipe, configura a responsabilidade solidária daquele pelos atos antijurídicos praticados pelos médicos do seu corpo clínico.

Assim, resta configurada a legitimidade passiva do hospital para as ações de indenização propostas em face de suposto erro de médico integrante do seu corpo clínico.

Mesmo porque cabe ao hospital zelar pela eficiência dos serviços prestados, principalmente, considerando-se a confiança depositada pelo paciente no hospital.

Ainda que não houvesse relação empregatícia entre o médico e o hospital, aplica-se a teoria da aparência, disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, devendo prevalecer a situação fática, sobre a de direito, consistente na alegada inexistência de vínculo empregatício.

Logo, a 3ª apelante possui legitimidade para ocupar o pólo passivo da presente ação.

Nesse sentido, o entendimento deste eg. Tribunal:

> Ação de indenização. Hospital. Responsabilidade civil. Ato ilícito praticado por médico integrante de seu corpo clínico. Coisa julgada. Inocorrência. Legitimidade passiva reconhecida. Ônus da prova. Danos morais. Majoração.
> - (...). O nosocômio que autoriza uma médica a fazer uso de suas dependências para atendimento de pacientes, na qualidade de membro de seu corpo clínico, é parte passiva legítima para a ação de indenização, em que se busca o ressarcimento pelos danos decorrentes do erro perpetrado pela médica. (...) (TAMG, Ap. Cív. 364.053-1, Rel. Juiz Mariné da Cunha, j. em 08.08.2002).

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva da fornecedora de plano de saúde, sob a fundamentação de que não há relação de subordinação entre o médico e a fornecedora do plano de saúde, também não lhe assiste razão.

Esclareça-se que as fornecedoras de plano de saúde são partes legitimadas passivas para responder por erros atribuídos a médicos vinculados a ela, mormente em ocorrendo a suposta conduta antijurídica no hospital por ela credenciado, tendo em vista a sua obrigação de zelar pela qualidade e eficiência dos serviços médicos contratados e colocados à disposição do paciente.

Veja-se o entendimento deste eg. Tribunal:

> Ementa: Ação de indenização. Erro médico. Cooperativa de assistência de saúde. Legitimidade passiva. Responsabilidade civil. Erro médico. Configuração. Culpa do profissional comprovada. Danos materiais e morais. Indenização devida. Fixação. Critérios.
> - A cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória movida por associada em face de erro médico originário de tratamento inadequado determinado por médico cooperativado.
> - Constatada a imperícia médica por parte do profissional credenciado, devem ser este e a cooperativa que indicou o mesmo responsabilizados civilmente, de forma a reparar os danos de ordem material e moral causados ao paciente. (...) (TJMG, Ap. Cív. 467.378-7, Rel. Des. Elias Camilo, j. em 12.05.2005).

Com tais considerações, rejeito as preliminares de ilegitimidade passiva.

*O Sr. Des. Eduardo Mariné da Cunha* - De acordo.

*O Sr. Des. Irmar Fereira Campos* - De acordo.

*O Sr. Des. Lucas Pereira* - Mérito.

Cumpre esclarecer que as cirurgias de cesariana são obrigação de meio, e não de resultado. O paciente procura a realização de procedimento cirúrgico, e o médico deve-se engajar em atingir esse objetivo, mediante a diligente prestação de cuidados.

> O relacionamento que se estabelece entre o médico e o paciente ou pessoa dele encarregada é *sui generis*, de meio, e não de resultado (CHAVES, Antônio. Responsabilidade civil do ato médico - Contrato de Meios, *Revista Jurídica* 207, p. 19-34, jan. 1995).

Sob o tema, enfatiza Miguel Kfouri Neto em sua obra *Responsabilidade Civil do Médico*:

> Há obrigação de meios - segundo Demogue, o formulador da teoria - quando a própria prestação nada mais exige do devedor de que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. É o caso do médico, que se obriga a envidar seus melhores esforços e usar de todos os meios indispensáveis à obtenção de cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura.
> Na obrigação de resultado, 'o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou terá que arcar com as conseqüências. (...) Em outras palavras, na obrigação de meios, a finalidade é a própria atividade do devedor e, na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade.'(...)
> Portanto, na obrigação de meio, o credor (o paciente) deve provar que o devedor (o médico) não teve o grau de diligência dele exigível; ao contrário, na obrigação de resultado, essa prova incumbe ao médico, visto recair sobre ele uma presunção de culpa, que poderá ser elidida, mediante demonstração da existência de causa diversa (*Responsabilidade civil do médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 169).

Uma exceção que se impõe é a cirurgia estética que, ao contrário, é de resultado. O paciente visa a corrigir a aparência, e o médico deve-lhe proporcionar o resultado pretendido e, se não tem condição de obtê-lo, não deve realizar a intervenção, que não é o caso dos autos.

Em sendo a cirurgia de cesariana e, portanto, tratando-se obrigação de meio, para a responsabilização do médico por dano causado a paciente, faz-se necessário que resulte devidamente comprovado pelo autor da pretensão que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia por parte do médico.

Ressalte-se que a responsabilidade médica foi regulamentada em dispositivo referente à responsabilidade aquiliana ou extracontratual. Dispõe o art. 951 do CC/2002, *in verbis*:

> Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho.

Dessa maneira, a responsabilidade do médico é subjetiva e, portanto, para que haja a

responsabilização civil, faz-se necessária a existência de uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que viole ou cause prejuízo a outrem, conforme dispõem os arts. 186 e 927 do CC/2002.

Assim, faz-se imprescindível a comprovação da existência de: a) ato ou omissão antijurídico (culpa ou dolo), b) dano e c) nexo de causalidade entre ato ou omissão e dano.

Assim, a 1ª apelante deve provar a culpa - imprudência, negligência ou imperícia - do causador do dano, isentado-se as 2ª e 3ª apeladas de responder pela indenização se a autora não se desincumbiu desse ônus. Nesse sentido o ensinamento de Nelson Nery Junior:

> Impossibilidade de aplicação do CDC, art. 6º, tendo em vista que, em face da regra do CDC, art. 14, § 4º, e do CC, art. 1.545 (CC 951), os médicos e os demais profissionais liberais só podem ser responsabilizados por atos que realizem no exercício de suas atividades, quando tenham agido com imprudência, negligência ou imperícia, circunstâncias que devem ser comprovadas pelo próprio autor da pretensão (*RT* 785/237) (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil anotado e legislação extravagante.* 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 503).

Ocorre que, analisando atentamente os autos, verifico que a 1ª apelante comprovou ter o médico agido com negligência ou imperícia, conforme atesta o laudo pericial:

> Conclusão: A periciada foi submetida a parto cesáreo no dia 30.07.2001, sob os cuidados do Dr. Adalberto de Carvalho Valle Neto, no Hospital Belo Horizonte, nesta Capital.
> Foi vítima de acidente cirúrgico (perfuração da bexiga) (...) (f. 40).
> Tal perfuração deu-se durante a cirurgia do parto cesáreo?
> Sim, inadvertidamente (f. 41).

Ora, ressalte-se que não se pode compreender a expressão "acidente cirúrgico" como um risco inerente da própria cirurgia, mesmo porque é de conhecimento geral que perfuração de bexiga efetivamente não é um procedimento normal na cesariana. Ademais, "inadvertidamente" significa "que não toma cuidado suficiente; descuidado, distraído", restando caracterizada a negligência do médico que perfurou a bexiga.

Como se vê, a perícia comprova ato de imperícia, negligência ou imprudência não somente dos médicos, mas também do hospital.

Efetivamente, restou caracterizada disparidade existente entre os relatos anotados nas evoluções médicas e da enfermagem:

> No dia 30.07.01, há apenas uma evolução médica anotada no prontuário, às 12:45 horas, assinada pelo Dr. Adalberto, referindo-se às boas condições do pós-operatório imediato. No mesmo dia, a enfermeira (Sônia) anota, a partir das 16:00 horas, que insistiu na convocação do plantão médico (três chamadas), para que avaliassem a reclamante. Em contrapartida não há anotações médicas em resposta àqueles chamados.
> No dia 31.07.01, há sucinta anotação do Dr. Moacir G. B. Martinez, paciente evoluindo bem, alta prevista para amanhã. Ao longo das horas, da manhã até às 22 horas, foi anotado pelas auxiliares de enfermagem Luana e Shirley que a autora apresentava quadro de dor intensa, tendo sido necessário fazer uso de medicação analgésica algumas vezes.
> No dia 1º.08.01, a única anotação no prontuário referente a evolução médica diz: alta hospitalar. Na madrugada desse dia, a auxiliar de enfermagem Shirley anota 'paciente queixando-se de dor, medicação sem efeito, comunicado médico de plantão'. E a auxiliar Sônia, na manhã do mesmo dia anota '... encaminhada para a alta hospitalar' (f. 45/46).

Ademais, foram concedidas duas altas hospitalares sem que fosse diagnosticada a bexiga perfurada, tendo o hospital permitido a alta da paciente, mesmo esta apresentando dor e distenção abdominal, bem como escurecimento da região em torno da cicatriz (f. 37).

Assim, noto que a 1ª apelante deixou de receber acompanhamento pós-operatório adequado, recebendo alta hospitalar de modo precipitado, permanecendo por longo período sem o

tratamento necessário, após ter tido sua bexiga perfurada por imperícia do médico.

Restando comprovada a atuação irregular do hospital, 3º apelante, seja como fornecedor de centro cirúrgico, aparelhos e equipamentos especializados, seja pela ação ou omissão de seus prepostos, tais como enfermeiros e atendentes, aquele deverá responder por ação ou omissão culposa.

Acrescente-se que, devidamente comprovada a responsabilidade civil do médico e do hospital pelos danos causados a paciente, convém ressaltar que a instituição que fornece os planos de saúde, tal como a 2ª apelante, responde solidariamente pela deficiência do serviço custeado pelo plano.

A fornecedora de plano de saúde responde pela má eleição que fez dos médicos e hospitais credenciados, que prestam serviços defeituosos, inclusive na hipótese em que o associado é obrigado a escolher dentre profissionais e hospitais que estão relacionados na lista da fornecedora.

Destarte, entendo estarem comprovados os requisitos previstos no art. 186 do CC que ensejam o dever de indenizar.

Quanto ao *quantum* da indenização pelos danos morais, o sofrimento psicológico e a dor moral são inerentes à própria lesão e à integridade física da vítima. Assim, devem ser consideradas as lesões sofridas que geraram dor física e sofrimento à 1ª apelante.

Ademais, segundo orientação do egrégio STJ, no arbitramento do dano moral, deve-se considerar a gravidade do dano, das conseqüências advindas do acidente e o sofrimento suportado pela vítima, além do grau de culpa e a capacidade econômica do infrator, e as circunstâncias em que ocorrido o evento.

Não obstante a 1ª apelante ter alegado que sofreu redução da sua capacidade de urinar, dores constantes, bem como que não consegue ter relação sexual normal e que há riscos de não poder engravidar, ela não se desincumbiu do seu ônus de provar o alegado. Ao contrário, o laudo pericial (f. 40) foi conclusivo ao afirmar que o quadro poderia ser plenamente solucionado através de uma intervenção cirúrgica abdominal (videolaparoscopia), com baixo risco de complicações, não se tratando de dano irreversível.

Levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, em especial, a natureza recuperável da lesão sofrida pela 1ª apelante e das conseqüências sociais, conclui-se que a quantia de R$ 15.000,00 fixada pelo Juiz *a quo,* a título de danos morais, amolda-se à sua dupla finalidade de compensar os dissabores experimentados pela vítima, também punindo a conduta negligente do hospital e operadora de plano de saúde, sem representar fonte de enriquecimento sem justa causa.

Destarte, entendo estarem comprovados os requisitos previstos no art. 186 do CC que ensejam o dever de indenizar.

Com tais razões de decidir, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da 3ª apelante, Gestho Gestão Hospitalar S.A., rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da 2ª apelante, Golden Cross Seguradora S.A., e nego provimento a todos os recursos.

Custas recursais, à razão de 30% (trinta por cento) pela autora, suspensas em conformidade com o art. 12 da Lei 1.060/50, e 70% (setenta por cento) pelas rés.

*O Sr. Des. Eduardo Mariné da Cunha* - Tive acesso aos autos, analisei-os detidamente, como também atentei à sustentação oral, empreendida pelo digno patrono da terceira apelante, chegando à mesma conclusão do em. Relator, também com base na prova pericial. A perfuração, segundo resposta do perito oficial, deu-se durante a cirurgia por inadvertência do profissional médico. Ora, se se deu inadvertidamente, significa que o profissional não tomou os cuidados indispensáveis para evitar a perfuração da bexiga durante o parto cesáreo.

Como bem ressaltou o em. patrono da terceira apelante, em sustentação oral, se a

perfuração da bexiga era fato previsível, quem não evita o previsível age com culpa.

Com tais adminículos, também nego provimento ao recurso.

*O Sr. Des. Irmar Ferreira Campos* - Também estou negando provimento ao recurso nos termos do voto do Des. Relator e dos adminículos do Des. Revisor.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE DA TERCEIRA E DA SEGUNDA APELANTES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO A TODAS AS APELAÇÕES.

-:::-

**EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - ABERTURA DE CRÉDITO - CONTA CORRENTE - DEMOSTRATIVO DO DÉBITO - EXTRATO BANCÁRIO - ASSINATURA DE TESTEMUNHA - VALIDADE DO TÍTULO - ENCARGOS CONTRATUAIS - ABUSIVIDADE - PERÍCIA - HONORÁRIOS - INTIMAÇÃO - INÉRCIA DA PARTE - PRECLUSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA - INADIMPLEMENTO - MULTA - ART. 52, § 1º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - JUROS - ART. 1º DO DECRETO 22.626/33 - ART. 1.062 DO CÓDIGO CIVIL/1916**

**Ementa: Embargos de devedor. Preclusão da prova pericial. Não-pagamento dos honorários periciais. Cerceamento de defesa afastado. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Título executivo. Encargos contratuais abusivos. Adequação legal.**

**- Intimada a parte para proceder ao pagamento dos honorários periciais e quedando-se inerte, torna-se preclusa a oportunidade de produzir prova pericial, não havendo que se falar em cerceamento de defesa quanto a esse aspecto.**

**- Configura título executivo extrajudicial o contrato de abertura de crédito assinado por duas testemunhas, acompanhado de demonstrativo de débito e dos extratos relativos ao movimento da conta corrente que evidenciem o valor da dívida, bem como os encargos contratuais incidentes sobre a mesma.**

**- Ocorrendo a inadimplência, em se tratando de relação de consumo, a multa deve estar limitada ao patamar de 2% sobre os valores em débito, sendo que os juros bancários permanecem limitados em 12% (doze por cento) ao ano, tendo em vista o disposto no art. 1º do Decreto 22.626/33 c/c o art. 1.062 do Código Civil/1916.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0672.00.029011-0/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Luiz Délcio Machado de Menezes - Apelado: Banco Bradesco 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 REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de maio de 2006. - *Otávio Portes* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Otávio Portes* - Conhece-se do recurso, presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos à sua admissibilidade.

Trata-se de embargos à execução opostos por Luiz Délcio Machado de Menezes em face do Banco Bradesco S.A., alegando que, nos autos da ação de execução em apenso, seria a instituição financeira carecedora de ação, tendo em vista que o contrato assinado entre as partes não poderia ser caracterizado como título executivo, conforme Súmula 233 do Superior Tribunal de Justiça. No mérito, afirmou a cobrança de juros extorsivos e capitalizados, ao arrepio do ordenamento jurídico em vigor, e multa de mora contrárias às determinações da legislação de consumo, bem como excesso de penhora, devendo haver sua substituição, pugnando, assim, pelo acolhimento dos embargos.

O MM. Juiz de primeiro grau (f. 91/97) julgou improcedentes os embargos e subsistente a penhora realizada no feito em apenso, após afastar a preliminar alegada na exordial, fundamentando não haver relação de consumo no presente caso e não ser possível a aplicação das determinações da Lei de Usura quanto às instituições financeiras.

Inconformado, apela Luiz Délcio Machado de Menezes (f. 99/102), alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa ante o encerramento da fase probatória, sem que lhe fosse dada oportunidade de depositar as parcelas relativas aos honorários periciais. No mérito, afirmou que o contrato em questão não seria título executivo, que estaria patente a cobrança de encargos contratuais abusivos e que haveria, ainda, excesso de penhora, fazendo-se necessária a substituição do bem levado à constrição judicial, requerendo, assim, a reforma da sentença.

Contra-razões apresentadas às f. 106/114, pugnando o apelado pela manutenção do *decisum* monocrático.

Nesse mister, insta registrar que os honorários periciais devem ser devidamente recolhidos ao *expert* para que seja possível se dar início aos trabalhos que devem ser realizados para a instrução do processo.

Nada obsta a que a parte responsável por esse pagamento e o perito convirjam no sentido de parcelar o valor arbitrado, com o devido depósito em juízo. Todavia, uma vez intimada a parte para fazer o depósito dos honorários e não atendendo à determinação judicial, torna-se preclusa a oportunidade de se realizar a prova pericial.

Não diverge a posição da jurisprudência:

> Honorários de perito - Conseqüência do não-depósito. - Deixando a parte de efetuar o depósito dos honorários periciais, ocorre a preclusão da prova requerida (Agravo 706014-0/5, 2º TACSP, 10ª Câmara, Rel. Juiz Gomes Varjão, j. em 29.08.01).

No caso dos autos, verifica-se que por diversas vezes o perito nomeado pelo Juízo foi inquirido para que diminuísse o valor pretendido pela perícia, bem como para que aceitasse o seu pagamento de forma parcelada, concordando com todos os pedidos do autor, no sentido de que fosse realizada a prova pretendida.

Já para o pagamento da primeira parcela dos honorários periciais teve que ser intimado o autor para cumprir o seu compromisso, fato que se repetiu quanto à segunda parcela. Todavia, dessa última vez, não foi atendida a determinação do Juízo para quitação da verba pertencente ao perito, o que levou à preclusão da prova requerida, de acordo com o entendimento proclamado pelo ordenamento jurídico a respeito ora mencionado.

Portanto, inexiste razão ao recorrente ao alegar eventual cerceamento de defesa, sendo acertada a decisão que encerrou a fase probatória sem realização da perícia anteriormente requerida, motivo pelo qual se rejeita essa preliminar e se passa ao exame do mérito.

Mérito.

Assinala-se, a propósito do alegado, inicialmente, que deflui dos autos que o apelante celebrou com o apelado, em 17.11.1998, contrato de empréstimo pessoal, no valor de R$ 6.487,81, a ser pago em 36 prestações mensais e consecutivas, no valor de R$ 180,21, com as atualizações pactuadas, havendo saldo devedor no valor de R$ 5.806,52, o que deu ensejo à execução do contrato.

Segundo revela o artigo 585, II, c/c o artigo 614, II, do Código de Processo Civil, representa o contrato de abertura de crédito, desde que acompanhado de correspondente extrato de movimentação de conta corrente e presentes os demais requisitos legais, título executivo extrajudicial, sendo que o extrato deve ser elaborado de forma discriminada, especificando o período transcorrido entre a data da celebração do ajuste e a do ajuizamento da ação, possibilitando, assim, a aferição de sua exata correspondência com o que foi pactuado, a fim de permitir a impugnação pelo devedor dos lançamentos porventura efetuados de modo abusivo, ou em descompasso com as estipulações contratuais.

Configura, assim, o contrato *sub judice* (f. 10-apenso), já que acompanhado dos respectivos extratos (f. 6/9), um título executivo extrajudicial, uma vez que está a satisfazer a norma contida no referido artigo 585, inciso II, cujo contexto afirma ser título hábil a instruir o processo executivo "o documento público, ou particular, assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, do qual conste obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa fungível".

Esse posicionamento se firma nas lições do eminente mestre Humberto Theodoro Júnior, que, ao citar Calamandrei, elucida que

> ocorre a certeza em torno de um crédito quando, em face do título, não há controvérsia sobre sua existência (*an*); a liquidez, quando é determinada a importância da prestação (*quantum*); e a exigibilidade, quando o seu pagamento não depende de termo ou condição, nem está sujeito a outras limitações (*Curso de Direito Processual Civil*, p. 31, itálico no original).

Aclara a característica da liquidez a lição de Ernane Fidélis dos Santos, ao preceituar que:

> a liquidez existe quando o objeto do título está devidamente determinado. Se for, por exemplo, importância em dinheiro, deverá, no título, estabelecer-se o *quantum* certo...
> Ilíqüido não é, porém, o título, quando a condenação decorre de simples dedução aritmética, ou de substituição de valores, de acordo com índices devidamente estabelecidos no sistema econômico nacional (*Manual de Direito Processual Civil*, II/08).

E a certeza advinda desse título decorre de sua perfeição formal em face da lei e da ausência de reservas à sua plena eficácia, já que não se visualizou qualquer controvérsia em sua emissão, o que o torna juridicamente válido e o equipara à sentença condenatória para fins executivos, sendo, assim, certo que inexiste qualquer controvérsia concernente à sua existência final.

Denota-se que o banco apelado apresentou não só o contrato, devidamente assinado por duas testemunhas, mas também os extratos relativos à movimentação financeira do autor, instrumentos estes que, indiscutivelmente, consolidam título cambial passível de cobrança pela via executiva, com as características de liquidez, certeza e exigibilidade, assim como entendeu o MM. Juiz sentenciante.

Deflui, assim, de modo claro e preciso, que as exigências reputadas necessárias e suficientes ao exercício da pretensão à tutela jurídica se encontram perfeitamente delineadas no instrumento em tese, posição esta consolidada nas decisões pretorianas do País:

> Contrato de abertura de crédito acompanhado de extrato bancário - Título extrajudicial - Exeqüibilidade. - Contrato de abertura de crédito - Execução. - A execução pode estar fundada em contrato de abertura de crédito acompanhado do correspondente histórico-contábil. Recurso especial atendido. Unânime (REsp nº 77.243-MG - Rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 05.12.95, *DJV* de 04.03.96, p. 5.411 - *Repertório IOB de Jurisprudência, nº 11/96*, p. 190).
>
> Processo civil. Execução. Contrato de abertura de crédito rotativo. Apresentação dos extratos bancários. Liquidez. Art. 585, II, CPC. - I - O contrato de abertura de crédito rotativo, desde que acompanhado do respectivo extrato de movimentação da conta corrente e presentes os demais requisitos legais, impende ser considerado como título executivo extrajudicial (REsp nº 11.037, *DJ* de 08.06.92).
>
> Execução por título extrajudicial - Abertura de crédito em conta corrente - Cheque especial. -

> A partir do advento da Medida Provisória nº 1.367, de 1996, constituem títulos de crédito extrajudiciais os instrumentos públicos ou particulares de contrato de depósito bancário e de contrato de abertura de crédito em conta corrente para garantia de cheque especial, ao teor do disposto no art. 585 do CPC. Por se tratar de norma processual, aplica-se aos processos em curso. Recurso provido (Apelação Cível nº 2.632/96 - RJ, Relator Juiz Mauro Fonseca - *Boletim de Jurisprudência ADV*, COAD, ano 1997, p. 158, verbete nº 77.497).

Contendo, destarte, o título e os extratos elementos que propiciem a revelação imediata da soma devida mediante a realização de cálculo simplificado, com indicação do *quantum* relativo ao débito em moeda determinada pela legislação em vigor, caracterizado se encontra o pressuposto da liquidez que autoriza a cobrança forçada, ao que acresce ser a mesma certa e determinada, não dependendo sua cobrança de termo ou condição, competindo, assim, ao órgão estatal assegurar a abertura da atividade executiva.

Ainda em sede meritória, suscita o embargante a ocorrência de excesso de execução, instituto este consubstanciado em cobrança além do real débito, consistente *in casu*, segundo o devedor, em encargos estabelecidos no contrato, *contra legis*.

Estabelecem as planilhas juntadas com a exordial da ação de execução taxas de juros remuneratórios sempre acima do limite legal de 1% ao mês (f. 07), o que de fato contraria a legislação aplicável à espécie.

Revela esse instrumento uma natureza típica de contrato de adesão, já que foi previamente impresso e se mostra uniforme para todos os clientes, deixando apenas alguns claros para preenchimento dos dados pessoais e específicos ao aderente, não havendo, assim, manifestação válida ou livre consentimento, o que evidencia distanciamento entre as partes relativamente à vontade, sendo que ao aderente, conforme elucida Inocêncio Galvão Teles, só cabe aceitar ou recusar as regras e condições, já que nada pode alterar, modificar ou introduzir no formulário expresso, uma vez que:

> sua liberdade apenas oscila entre um 'sim' e um 'não', e que mesmo essa possibilidade de escolha é muitas vezes ilusória, porque o autor da oferta goza de um monopólio de fato ou de direito que, eliminando a concorrência, força a contratar com ele (Aspectos Comuns dos Vários Contratos, *RF* 138/44).

Lembra Othon Sidou que:

> O comprometimento da vontade nos contratos de adesão não está nos defeitos dos negócios jurídicos em geral - erro, dolo, coação, simulação ou fraude - mas tão-somente na ausência de negociação prévia para efeito do acordo volitivo. A atuação do policitante é oferecer o instrumento pronto e a do oblato é aderir, ensejo em que o contrato se perfaz com os efeitos e conseqüências comuns a todo contrato, e já então irrevogável por manifestação singular de qualquer das partes. Tem-se desta forma que o contrato de adesão é um contrato estereotipado, estandartizado, logicamente alheio a qualquer restrição mental da parte aderente, por vezes, com inteira ausência de determinação, porque, por via de regra, a coletividade a que é oferecido não tem mesmo opção de recusa útil em aderir, por se achar diante de uma atividade mercantil sob monopólio ou oligopólio (*Contratos de Crédito Bancário*, Arnaldo Rizzardo, p. 23).

Em face dessa inferioridade da parte aderente, torna-se altamente reduzido o princípio da autonomia da vontade e, em conseqüência, desvalioso se torna *in casu* o princípio básico da norma jurídica internacional *pacta sunt servanda*, podendo, dessarte, o acordo ser revisto pelo órgão estatal.

A Lei 8.078/90 protege o consumidor contra cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de serviços (artigo 6º, IV), com exigência de "vantagem manifestamente excessiva" (artigo 39, V), ou que mostrem desequilíbrio entre os contratantes ou "excessivamente onerosa" (artigo 51, § 1º, III), sendo que o controle de cláusulas dessa natureza é de natureza exclusivamente judicial.

O embargante suscitou a presença de vícios no contrato em tela, passando-se, assim, a verificar o alcance das normas ali expressas e,

sendo necessário, as eliminará e as restringirá aos limites da relação concreta aqui deduzida, o que se fará sem violentar o princípio da liberdade de contratar, já que o instrumento em tese é de adesão ou "pela simples razão de que este princípio não pode ser invocado pela parte que se encontra em condições de exercer o monopólio de produção das cláusulas contratuais, a ponto de tornar difícil ou mesmo impossível a liberdade contratual do aderente" (Alberto do Amaral Jr., *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, p. 193) e, ainda, por preceituar o § 2º do artigo 51 da Lei 8.078/90 que "a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato".

Em razão dessa possibilidade jurídica de adequar o contrato aos termos da lei específica que rege a matéria, assinala-se que o instrumento contratual apresenta cláusulas e condições que se revelam abusivas e colocam o consumidor em excessiva desvantagem perante a entidade bancária, tais como as que estabelecem taxas de juros incondizentes com a realidade e sua capitalização, bem como a cobrança de comissão de permanência e multa contratual elevada.

Embora não esteja regulamentado o disposto no artigo 192, § 3º, da CF/88, não é de se admitir a prática de juros livres, visto ser ilícito ao credor aproveitar-se da difícil situação da economia nacional, impondo ao devedor juros abusivos, máxime em se considerando que o instituto da correção monetária garante, nos dias atuais, a atualização integral do montante da dívida no instante do respectivo pagamento, acrescendo-se o fato de que, constituindo-se os financiamentos em contratos de adesão, pode o mutuante fixar, ao seu arbítrio, insuportáveis encargos financeiros, permanecendo a outra parte sujeita à contingência de se submeter à vontade da entidade bancária ante a necessidade econômica por vezes inadiável.

A propósito desse ônus, preconiza o Decreto 22.626, de 07.04.33, em seu artigo 1º, que "é vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal", determinando no parágrafo 3º que, na falta de escritura pública ou escrito particular, "entender-se-á que as partes acordaram nos juros de seis por cento ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial", sendo que o *caput* do referido artigo proíbe a cobrança de juros superiores ao dobro da taxa legal, ou seja, acima de 12% ao ano, sendo que a Lei 4.595, de 31.12.64, não revogou o mencionado preceito ao atribuir ao Conselho Monetário Nacional, em seu artigo 4º, IX, o poder de "limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil".

Subtrai-se do inciso IX do artigo 4º da Lei 4.595/64 que o legislador apenas conferiu poderes ao Conselho Monetário Nacional para limitar os juros praticados em operações bancárias e financeiras, sendo equivocado se presumir que tal competência equivalha à ampla liberação das taxas, permitindo o aumento irrestrito dos juros utilizados em financiamentos, isso porque "limitar" significa apenas ordenar obediência ao parâmetro máximo previsto na Lei de Usura, a saber, o dobro da taxa legal, ou seja, 1% ao mês ou 12% ao ano.

Com efeito, a Lei 4.595/64 em nenhum momento tornou lícita a graduação dos juros acima do montante legal, ao que se acresce a impossibilidade de consagrar privilégios em favor de uma determinada classe, mesmo porque, nos termos do princípio da isonomia previsto na CF/88, todos são iguais perante a lei, o que impede o credor de se situar em um plano privilegiado, fora dos limites dos preceitos legislativos, pelo simples fato de se classificar como entidade bancária.

Para se afastar a limitação prevista no artigo 1º do Decreto 22.626, seria imprescindível a existência de dispositivo expresso nesse sentido, mostrando-se insuficiente, para tais fins, a simples delegação de competência ao Conselho Monetário Nacional, entendimento este que se ajusta à recente orientação da jurisprudência nacional:

> Os juros são de 12% ao ano, como estabelece o art. 1º do Decreto 22.626/33, que veda a estipulação dos mesmos em percentuais

> superiores ao dobro das taxas legais (que é de 6% ao ano), como estabelece o art. 1.062 do CC brasileiro... E a tão badalada Lei nº 4.595/64 somente autoriza o Conselho Monetário Nacional a 'limitar' os juros, mas não para ultrapassar as leis do País e a CF. Qualquer lei ou afirmação que dissesse que os bancos não se submetem à Lei de Usura seria ridícula e inconstitucional, pois que atacaria o princípio da Lei Maior, repetido em todas as nossas Cartas, que estabelece que 'todos são iguais perante a lei' (*JTARS* 84/324).
>
> A Lei nº 4.595, de 1964, não revogou o art. 1.062 do Código Civil, nem os arts. 1º e 13 da Lei de Usura, Decreto nº 22.626, de 1933. Limitar não é sinônimo de liberar e muito menos de majorar: a exegese iníqua e equivocada do art. 4º, VI e IX, da Lei nº 4.595, de 1964, consagrada na Súmula nº 596 do STF (*ADV-COAD*, 1997, nº 79.243).
>
> Execução por título extrajudicial - Juros - Taxas superiores àquelas estabelecidas na Lei de Usura (Decreto 22.626/33 - Inexigibilidade da cártula configurada - Artigo 586, *caput*, do Código de Processo Civil - Embargos do devedor procedentes (Apelação Cível nº 398016-0/00 - 1º TACívSP, 2ª Câmara Cível, Rel. Juiz Jacobina Rabello, *JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva, CD-ROM nº 10*).

Com fulcro em tais considerações, exsurge claro que, a despeito do julgamento da ADIn nº 04 do STF, que afastou a auto-aplicabilidade do § 3º do artigo 192 da Constituição Federal, os juros bancários permanecem limitados em 12% ao ano, mais correção monetária, tendo em vista o disposto no artigo 1º do Decreto 22.626/33 c/c o artigo 1.062 do Código Civil, em pleno vigor, pelo que se afastam os juros livres pactuados pelos litigantes.

No que concerne à impugnação aos juros capitalizados, denota-se que, efetivamente, os juros foram calculados sempre sobre cada parcela vencida, separadamente, consoante planilhas de f. 06/09, inclusive no que concerne às parcelas vencidas antecipadamente, não havendo demonstração, portanto, de prática dessa irregularidade contratual.

Quanto à multa contratual, a mesma de fato deve ser ajustada entre as partes, antecipadamente, para que tenha validade e possa ser exigida pelo credor, sendo que *in casu* se estipulou multa de 10%, que se afigura exagerada em caso de inadimplência.

A teor da fundamentação já procedida quanto à incidência no presente caso da legislação de consumo, deve de fato haver a sua redução para 2% (dois por cento) sobre eventual prestação inadimplida pelo embargante, tendo em vista a alteração do artigo 52, § 1º, da Lei 8.078/90 pela Lei 9.298/96.

Na esteira desse raciocínio, não se pode olvidar que hoje, vivendo o País sob uma nova ótica baseada na estabilidade, torna-se necessária uma nova visão acerca dos valores assumidos em decorrência das diversas relações jurídicas que se desenvolvem no seio da sociedade, havendo, assim, permissibilidade jurídica a declarar que os encargos assinalados são abusivos e desproporcionais segundo a ordem econômica atual, estando a colocar o consumidor em posição desfavorável em relação à instituição bancária, a quem são conferidos amplos poderes, em prejuízo do correntista, devendo, dessarte, ser ajustados em consonância com as normas legais que regem a espécie e na forma delineada *in retro*.

Anota-se que, não obstante a ocorrência dos excessos verificados na cobrança formulada pelo apelado, não têm os mesmos força capaz de descaracterizar a natureza cambial do débito excutido, em face da possibilidade de se processar o respectivo decote por intermédio de simples cálculos aritméticos, sendo suficiente que o credor elabore planilha de débito eliminando os juros remuneratórios excessivos e incidindo 12% a.a., igual percentual a título de juros moratórios, além da multa de 2%.

Finalmente, importa registrar que os embargos à execução não são a sede própria para que seja analisado eventual excesso de penhora, devendo ser proferida tal argumentação no próprio feito executivo, consoante entendimento jurisprudencial mais abalizado, *verbis*:

Embargos de devedor. Cerceamento de defesa. Diligência inútil. Excesso de penhora. Discussão em embargos. Retardamento do feito. Multa. Aplicabilidade. Recurso adesivo. Honorários. Fixação. Valor da causa. Ausência de incidente de impugnação.

- 1 - O julgamento antecipado da lide não importa cerceamento de defesa quando é desnecessária a realização de prova técnica para apuração do *quantum* devido.
- 2 - A redução da penhora deve ser decidida nos autos da execução, descabida sua apreciação em sede de embargos do devedor.
- 3 - Representando o ato processual óbice à celeridade da prestação jurisdicional, é possível a penalização da parte através da aplicação de multa.
- 4 - Atribuído valor à causa inferior ao adequado, prevê a legislação possibilidade de a parte adversa, em incidente processual, impugná-lo, sendo descabida a pretensão de, não o fazendo, ver seus honorários fixados sobre o valor da execução (Apelação Cível 0389866-4, TAMG, 5ª C.Cív., Rel. Des. Elias Camilo, j. em 15.05.03).

Mediante tais considerações, dá-se provimento parcial ao apelo, para reconhecer a procedência dos embargos apenas em parte, excluindo-se do cálculo da ação de execução em apenso, devendo ser obtida nova dívida, mediante liquidação de sentença, a ser encontrada através da aplicação, sobre cada débito do executado, juros remuneratórios no percentual de 12% (doze por cento) ao ano e moratórios no mesmo percentual, incidindo correção monetária pelo INPC, mantendo a multa de 2%. Condena-se o embargante a pagar 10% de honorários advocatícios ao patrono do embargado sobre o valor dos embargos e 20% das custas processuais, e ao exeqüente se condena a pagar 10% sobre a vantagem auferida pelo executado a título de honorários advocatícios ao patrono do mesmo, pagando, ainda, 80% das custas processuais, suspensa a exigibilidade quanto ao embargante, nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50.

Custas recursais, na proporção de 80% a cargo do apelado e 20% a cargo do apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Mauro Soares de Freitas* e *Batista de Abreu*.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:::-

## AÇÃO COMINATÓRIA - OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - MARCA DE INDÚSTRIA - PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CALÇADOS - CONCORRÊNCIA DESLEAL - TUTELA ANTECIPADA - ART. 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AUSÊNCIA DE REQUISITOS

**Ementa: Agravo de instrumento. Ação cominatória. Concorrência desleal. Uso indevido de marca. Tutela antecipada. Requisitos. Artigo 273 do CPC. Ausência.**

**- Só a existência de prova inequívoca, que convença da verossimilhança das alegações do autor, autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento, sendo incabível a concessão da tutela quando o direito invocado pelo autor depende de dilação probatória.**

AGRAVO N° 1.0452.06.023071-4/001 - Comarca de Nova Serrana - Agravante: Katya Calçados Ltda. - Agravada: Stebrás Calçados Ltda. - Relator: Des. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de julho de 2006. - *José Antônio Braga* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Proferiu sustentação oral, pela agravante, a Dra. Paola Victorino Dias Peluso.

*O Sr. Des. José Antônio Braga* - Cuida-se de agravo de instrumento manejado por Katya Calçados Ltda., tendo em vista o seu inconformismo com a decisão proferida nos autos da ação cominatória com pedido de antecipação de tutela cumulada com reparação por perdas e danos, ajuizada por Stebrás Calçados Ltda., cuja cópia se encontra acostada às f. 40/41-TJ, que deferiu a tutela antecipada, determinando que a empresa ré, ora agravante, abstenha-se de fabricar, produzir e comercializar calçados e produtos que contenham a marca Leveflex e Leve Flex, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Alega a parte agravante, em síntese, que a manutenção do *decisum* hostilizado gerará lesão grave e de difícil reparação, pois tornará inviável seu funcionamento, ocasionando repercussões negativas de diversas ordens.

Assevera que são infundadas as assertivas da agravada quanto ao uso de marca semelhante e cópia de modelos dos seus calçados, visto que a única coincidência existente entre as marcas em litígio é o uso do sufixo/prefixo "flex", sendo este registrado em favor de *Revlon Consumer Products Corporation*, desde 1970, ressaltando, ainda, quanto a sua atuação no mercado há mais de 20 anos.

Argumenta sobre a necessidade de dilação probatória, sob pena de injustas e irreversíveis conseqüências.

Afirma que o simples fato de o registro da marca nominativa da parte recorrida ser anterior ao registro de sua marca não impede a mantença desta, já que inexiste óbice legal à conservação de marcas que não são idênticas e não induzem a erro o consumidor.

Tece considerações acerca da apontada concorrência desleal, objeto da lide, afirmando quanto a sua inexistência sob os seguintes fundamentos: o solado "Leveflex" é patenteado no INPI (DI nº 6200994-0), desde 26 de março de 2002; o cabedal dos seus calçados também é comercializado por diversas outras empresas do setor; as duas empresas em litígio não possuem o registro da marca configurativa contendo as quatro pegadas, conforme reconhecido pela Julgadora primeva, inexistindo uso indevido das embalagens.

Ao final, argúi que a finalidade da parte agravada é, de fato, retirá-la de modo ilegítimo do mercado calçadista.

Preparo regular à f. 252-TJ.

Concedido o efeito suspensivo vindicado, às f. 257/259-TJ, diante do risco de lesão grave e de difícil reparação.

Contraminuta, às f. 280/291-TJ, pugnando pela mantença da decisão recorrida.

Atende o agravo ao disposto nos artigos 524 e 525 do Código de Processo Civil.

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ausentes preliminares, passa-se à análise do mérito recursal.

Compulsando-se os autos, constata-se que Stebrás Calçados Ltda. ajuizou ação cominatória cumulada com reparação por perdas e danos, em desfavor de Katya Calçados Ltda., sob o fundamento de concorrência desleal por parte desta, que, além de copiar os modelos de sua fabricação, utiliza-se de embalagens similares, confundindo consumidores e lojistas, causando-lhe vultosos prejuízos, seja pela perda de espaço no mercado, seja pelo esforço e gastos despendidos para a diferenciação dos dois produtos.

Cinge-se a presente questão em aferir quanto ao cabimento da antecipação de tutela, deferida pelo Juízo monocrático.

O instituto da tutela antecipada encontra-se regulamentado no artigo 273 do Código de Processo Civil, que dispõe *in verbis*:

> 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.

Assim, para a concessão da medida antecipatória, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos acima indicados.

Segundo a melhor doutrina, a tutela antecipada possui efeitos mais abrangentes que a medida cautelar (art. 798 do CPC), fundada em receio de lesão grave e de difícil reparação ao direito do requerente, carecendo de requisitos mais graves que estes para sua concessão.

Com efeito, para seu deferimento são necessários, além dos requisitos inerentes à medida cautelar, aqueles outros, denominados de "prova inequívoca" e "verossimilhança".

Acerca da prova inequívoca, manifestou-se a jurisprudência pátria:

> Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão. A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas (STJ - 1ª Turma, REsp 113.368-PR, Rel. Min. José Delgado, j. em 7.4.97, deram provimento, v.u., *DJU* de 19.5.97, p. 20.593).

> Só a existência de prova inequívoca, que convença da verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento (*RJTJERGS* 179/251).

Sobre a verossimilhança e a prova inequívoca, leciona Humberto Theodoro Júnior:

> Verossimilhança, em esforço propedêutico, que se quadre com o espírito do legislador, é a aparência de verdade, o razoável, alcançando, em interpretação *lato sensu*, o próprio *fumus bonis iuris* e, principalmente, o *periculum in mora*.
> Prova inequívoca é aquela clara, evidente, que apresenta grau de convencimento tal, que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável, equivalendo, em última análise, à verossimilhança da alegação, mormente ao tocante ao direito subjetivo que a parte queira preservar.

E arremata:

> E, como prova inequívoca do direito do requerente, deve-se ter aquela que lhe asseguraria sentença de mérito favorável, caso tivesse a causa de ser julgada no momento da apreciação do pedido de medida liminar autorizada pelo novo art. 273. Por se tratar de antecipação de tutela satisfativa da pretensão de mérito, exige-se, quanto ao direito subjetivo do litigante, prova mais robusta do que o mero *fumus bonis iuris* das medidas cautelares (não satisfativas) (*Código de Processo Civil anotado.* 2. ed. Editora Forense, 1996, p. 124/125).

Nessa perspectiva, compete ao julgador analisar o direito aduzido pelo requerente e, cotejando-o com a indispensável prova inequívoca dos fatos, formar seu convencimento acerca da concessão ou não da tutela antecipatória, diante somente dos elementos de convicção postos à sua apreciação, naquele momento processual.

Além dos requisitos mencionados, deve-se constatar, alternativamente, a possibilidade de, em não sendo deferida a antecipação da tutela, advir ao requerente um dano irreparável ou de difícil reparação, ou existir conduta abusiva do réu concernente a seu direito de defesa, ou, ainda, que ele demonstre intento manifestamente protelatório na solução final do litígio.

Por derradeiro, some-se à prova inequívoca, à verossimilhança das alegações, ao dano irreparável ou de difícil reparação ou ao abuso do direito de defesa do réu, ou ao manifesto propósito protelatório o requisito da reversibilidade do provimento jurisdicional antecipado, de modo que a medida concedida não

tenha o caráter definitivo, podendo, a qualquer tempo, ser revogada, restabelecendo-se, o quanto possível, o *status quo ante.*

Amparados nesses conceitos e à vista dos documentos carreados aos autos, impõe-se verificar se, *in casu*, a situação fática permitia o deferimento da tutela colimada, tal como ocorreu.

Não há, entretanto, prova inequívoca do alegado, haja vista a ausência de registro referente à propriedade do desenho industrial em discussão, existindo somente o pedido de registro de marca, conforme documento acostado à f. 216-TJ.

A parte agravante, por sua vez, comprova o registro de configuração aplicada em solado, desde março de 2002 (f. 166) e dezembro de 2004 (f. 169).

Desse modo, em que pese a possível similaridade entre os produtos fabricados pela recorrente e recorrida, não tendo esta logrado comprovar o registro da marca figurativa contendo as quatro pegadas, de modo a permitir a proteção do Estado à marca e criações industriais, afigura-se precipitada a medida antecipatória, ante a necessidade de dilação probatória a fim de que se possa aferir a apontada concorrência desleal e uso indevido da marca, em obediência aos princípios da ampla defesa e contraditório.

A presente demanda envolve matéria complexa, entendendo-se necessária a produção de provas quanto aos fatos constitutivos do direito invocado pelo autor para uma solução justa e correta do litígio.

Inexistente prova inequívoca das alegações do autor/agravado, incabível a antecipação de tutela.

Este o posicionamento recentemente esposado por esta Câmara:

> Agravo de instrumento. Ação cominatória. Marca. Utilização indevida. Tutela antecipada. Requisitos. Ausência. - A melhor doutrina processual a respeito do alcance da tutela antecipada demonstra que ela tem efeito bem maior do que a mera medida cautelar (art. 798, CPC), fundada em receio de lesão grave e de difícil reparação ao direito do requerente, carecendo de requisitos bem mais graves do que estes para sua concessão. Assim, se o direito subjetivo do litigante depende de dilação probatória, não há se cogitar de inequivocidade e, conseqüentemente, da verossimilhança das alegações, o que torna inviável a concessão da tutela antecipada (TJMG - 9ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.488136-9/000, Relator: Tarcísio Martins Costa, j. em 07.02.2006).

Ressalte-se, ainda, que a súbita paralisação das atividades da empresa recorrente, tal como determinado pelo Juízo *a quo*, ensejaria prejuízos financeiros irreversíveis, além de causar graves repercussões sociais para a comunidade local, mormente em se tratando de empresa que gera 218 empregos diretos (f. 161-TJ).

Com tais considerações, dá-se provimento ao agravo, para cassar a decisão vergastada, mantido o despacho de f. 257 a 259 em seu inteiro teor.

Em resumo:

Concedeu-se provimento ao agravo de instrumento para cassar o *decisum* concessivo da tutela antecipada, tendo em vista a ausência dos requisitos legais essenciais ao seu deferimento.

Custas recursais, pela parte agravada.

*O Sr. Des. Osmando Almeida* - De acordo.

*O Sr. Des. Pedro Bernardes* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**COMPETÊNCIA JURISDICIONAL - PREVIDÊNCIA PRIVADA - FORO - LOCAL DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO - ART. 100, IV, *D*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**Ementa: Agravo de instrumento. Processual civil. Exceção de incompetência. Entidade fechada de previdência privada. Competência. Foro do lugar do cumprimento da obrigação. Recurso desprovido.**

**- Tratando-se de entidade de previdência complementar, de âmbito nacional, aplica-se o critério estipulado pelo art. 100, inciso IV, alínea *d*, do Código de Processo Civil, sendo, pois, competente o foro do lugar onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que lhe exigir o cumprimento.**

AGRAVO N° 1.0105.05.149651-8/001 - Comarca de Governador Valadares - Agravante: Valia - Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social - Agravado: Espólio de Juversino Barbosa - Relator: Des. MAURO SOARES DE FREITAS

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2006. - *Mauro Soares de Freitas* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Mauro Soares de Freitas* - Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Valia - Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social, entidade fechada de previdência privada, cujos representantes legais se dizem inconformados com a r. decisão reproduzida às f. 120/121, proferida nos autos do incidente de exceção de incompetência argüida por ocasião da resposta à "ação de procedimento ordinário" ajuizada por Celuta Pereira de Souza (espólio de Juversino Barbosa), Claudionor Alves, Creuza Terezinha Martins Monteiro, Daniel Soares de Miranda e Djalma de Souza, na qual o douto Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, com arrimo na Lei nº 8.078/90, julgou improcedente a exceção, condenando a agravante no pagamento das custas processuais apenas.

Em suas razões de inconformismo, a agravante defende-se ao argumento de se tratar de entidade fechada de previdência complementar sem fins lucrativos, não havendo relação de consumo entre seus associados, destacando, outrossim, que as contribuições vertidas ao plano, custeadas também pelos participantes, propiciam a concessão dos benefícios suplementares, não podendo ser consideradas remuneração. Noutro norte, dispõe ser válida a cláusula que estabelece o foro de eleição, *ex vi* do art. 100, inciso IV, alínea *a*, do Código de Processo Civil.

Trasladadas cópias dos documentos de f. 33/243, pugnando, ao final, pelo provimento do recurso.

Consoante decisão fundamentada, f. 248, restou indeferido o pretendido efeito suspensivo.

O Juiz da causa prestou informações, f. 256, de que manteve a decisão agravada.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Informam os autos que os agravados ingressaram em juízo objetivando provimento hábil a reajustar a suplementação de suas aposentadorias, observando-se, com tal propósito, os índices consignados na inicial.

Citada, a agravante apresentou resposta sob a forma de contestação, ocasião na qual argüiu exceção de incompetência, na forma preconizada pelos arts. 307 *et seq*. do CPC, rogando pelo deslocamento do feito para a Comarca do Rio de Janeiro/RJ, local de sua sede social e foro eleito pelas partes quando da contratação.

Entendo que o desate da questão recursal controvertida prescinde da perquirição acerca da natureza jurídica provinda da relação contratual existente entre as partes, sendo irrelevante, pois, se de natureza consumerista ou não.

Em que pese a agravante possuir sede em logradouro diverso daquele em que foi ajuizada a demanda, certo é que não foi necessário o deslocamento de seus novos associados para tornar possível o negócio. É entendimento jurisprudencial segundo o qual:

> A cláusula de eleição de foro em contrato de adesão não tem força vinculada. É competente o foro onde se situa o posto de atendimento que recebe a opção e o requerimento do benefício, permitindo ao mantenedor-beneficiário contratar, sem se deslocar para o local da sede da Fundação. Negado provimento ao recurso (TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, AI nº 232.575-5/9, Rel.ª Des.ª Teresa Ramos Marques, j. em 05.09.01);
>
> Tratando-se de empresa com atividade em diversos lugares, assim como ela tem condições de angariar clientes e realizar contratos fora da sede principal, deve também ter condições para litigar com os seus contratantes nos lugares em que foram firmados tais contratos, normalmente no domicílio ou residência do aderente (TARS, *Revista Forense* 311/162).

A regra geral se justifica em virtude da possibilidade de a ré, pessoa jurídica, defender-se sem maiores incômodos perante o juízo de seu domicílio e que, apesar de prevista no art. 100, inciso IV, alínea *a*, do CPC, comporta exceções.

*In casu*, os atos relativos à previdência privada foram feitos, em sua integralidade, no juízo de origem, ou seja, onde se encontram representantes da empresa com o objetivo de captar clientes e dar-lhes atendimento, quando necessário. Não há razão para que o feito seja aforado em cidade diversa, já que a agravante atua em âmbito nacional. Ao contrário, estaríamos aumentando os custos para o exercício do direito de ação, inviabilizando o acesso dos agravados à Justiça.

A propósito, o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em situação análoga, vinha decidindo:

> Sendo a empresa de previdência privada de âmbito nacional, a competência para o julgamento de feito aforado em virtude do contrato deve ser o local da obrigação, e não o de sua sede (TAMG - Quinta Câmara Civil, Agravo de Instrumento nº 457.246-7, Rel.ª Juíza Eulina do Carmo Almeida, negaram provimento, v.u., julgamento em 1º.07.2004).

A corroborar tal entendimento, tem-se o critério estipulado pelo art. 100, inciso IV, alínea *d*, sendo, pois, competente o foro do lugar onde a obrigação deverá ser satisfeita, para a ação em que lhe exigir o cumprimento, tal como no caso dos autos.

Assim, forte em tais argumentos, nego provimento ao recurso e mantenho a decisão agravada, ainda que por outros fundamentos.

Custas, pela agravante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Batista de Abreu* e *Sebastião Pereira de Souza*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

**ALVARÁ JUDICIAL - CONTROLE DE ZOONOSES - IMÓVEL URBANO - AGENTE MUNICIPAL - FISCALIZAÇÃO OBSTADA POR MORADOR - RELEVÂNCIA PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - TUTELA ESPECÍFICA - DEFERIMENTO**

**Ementa: Ação de alvará judicial. Legitimidade do Ministério Público. Presença de interesse social. Atos de relevância pública. Controle de zoonoses obstado por moradores. Tentativa de fiscalização da prefeitura obstada. Tutela antecipada deferida.**

**- Entre as funções institucionais do Ministério Público, consagradas na CF/88, está a de "zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia".**

**- O Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais, o que inclui a tomada de medidas para assegurar a correta higienização e controle de zoonoses em imóvel urbano que apresenta risco de surto de doenças.**

**- A tutela específica pode ser adiantada, por força do CPC, art. 461, § 3º, desde que seja relevante o fundamento da demanda (*fumus boni juris*) e haja justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*).**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.823581-3/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. PEDRO BERNARDES

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 06 de junho de 2006. - *Pedro Bernardes* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Pedro Bernardes* - Trata-se de requerimento de alvará judicial interposto pelo Ministério Público Estadual com pedido liminar para violação do domicílio situado na Rua Mucuri, nº 89, Bairro Floresta, nesta Capital, onde residem Vitória Nacif Feliz, Tânia Vitória Haddad, Zenith Haddad e duas filhas de Tânia, em que o MM. Juiz da causa, às f. 50/52, julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público.

Inconformado com a r. sentença, o douta integrante do Ministério Público interpôs apelação (f. 53/63), alegando que a ação visa à realização de todas as medidas necessárias para melhoria das condições sanitárias da residência situada na rua Mucuri, nº 89, bairro Floresta, a fim de preservar a saúde das moradoras e da população vizinha; que "foi instaurado procedimento administrativo perante esta Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde"; que os órgãos da Prefeitura que tratam do controle de zoonoses e da saúde da população tentaram diversas medidas de sensibilização e convencimento das moradoras sobre os riscos à saúde, advindos das precárias condições em que vivem; que tais pessoas são presumivelmente portadoras de sofrimento mental e não permitem o controle de leishmaniose e dengue, gerando risco para si próprias e para a população; que a família possui de 15 a 20 cães, alguns com diagnóstico positivo para leishmaniose, que muitas vezes foram acolhidos das ruas; que os agentes do serviço de zoonoses afirmaram ter encontrado focos larvários de dengue e péssimas condições de limpeza e higiene; que os vizinhos afirmaram que a família possui animais maltratados (patos, galinhas, porcos e cães) e fogo no quintal com fumaça negra; que as assistentes sociais constataram mosquitos, pulgas, mau cheiro, fezes, urina de animais dentro e fora de casa, ratos, entulhos, ferro velho, madeira espalhada, além de escutar gritos e palavrões; que a situação se encontrava sob razoável controle, mas que, em 08.11.04, a assistente social da Promotoria recebeu telefonema do veterinário da Gerência do Controle de Zoonoses, relatando que a situação se teria agravado, pois a Sra. Tânia continuava recebendo cães de rua; que, na visita do Controle de Zoonoses, os agentes sofreram intensa espoliação por pulgas e foram recebidos com agressividade e descontrole pela Sra. Tânia; que foi encontrada uma ratazana morta na caixa d'água; que, em 22.08.05, foi encaminhado à Promotoria relatório da Gerência de Zoonoses afirmando que as ações no imóvel continuam

suspensas; que a Lei 8.080/90 enumera os fatores condicionantes da saúde; que as vigilâncias epidemiológica e sanitária estão incluídas neste rol, sendo de atribuição do Sistema Único de Saúde; que o Código Sanitário Municipal e a Lei 7.031/96 prescrevem como obrigação do Município a fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão para a saúde e a atuação em conjunto com os órgãos estaduais e federais; que o art. 80 dessa lei dispõe que as habitações devem obedecer aos requisitos mínimos de higiene, indispensáveis à proteção da saúde; que os responsáveis por imóveis deverão impedir o acúmulo de lixo, entulho, restos de alimentos, água empoçada ou qualquer outra condição que propicie alimentação, criatório ou abrigo de animais sinantrópicos; que a lei dispõe que a autoridade sanitária terá livre acesso, mediante as formalidades legais, a todas as habitações particulares ou coletivas; que as autoridades municipais encaminharam o caso à Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde, visto que tentaram diversas medidas, sem êxito; que, diante da negativa dos agentes municipais de violarem o imóvel sem ordem judicial e nos termos do art. 5, XI, da CF/88, faz-se necessária a presente medida a fim de preservar a saúde dos moradores e da comunidade; que o direito à saúde é um direito social e difuso, cabendo ao MP sua tutela; que a Sra. Vitória é idosa e goza dos direitos insculpidos na Lei 10.741/03, na qual está prevista a legitimidade do MP; que o art. 196 da CF/88 prevê que o direito à saúde é dever de todos e do Estado.

Os interessados ainda não foram intimados.

O recurso não está preparado, tendo em vista que o MP tem isenção no preparo.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de conhecimento.

Legitimidade do Ministério Público.

O processo foi extinto sem julgamento do mérito, ao fundamento de que o Ministério Público não é parte legítima ativa para propositura da presente ação.

A meu ver, assiste razão ao Ministério Público.

O art. 129, II, da CF/88, estabelece:

> São funções institucionais do Ministério Público: (...)
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Por outro lado, é clara a redação do art. 196 da Carta Magna:

> Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Constituição da República de 1988 trouxe uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criando um microssistema de tutela de interesses difusos, construindo um autêntico concurso de ações para resguardar e garantir os direitos nela encartados.

Concedeu, para tanto, uma legitimidade ampla ao Ministério Público, como podemos depreender da clara redação do art. 129 da CF/88.

É que:

> na sociedade contemporânea de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhe efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania" (STJ - REsp 89.646 - PR - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Diário da Justiça*, fev./1997).

Portanto, não há mais lugar para o veto da legitimidade do MP para a defesa dos interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e, principalmente, do patrimônio público ou quando se discute um dever constitucional do Estado.

O Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que,

por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais.

Analisando essas importantes funções do Ministério Público, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que o legislador constituinte concedeu uma "titularidade genérica para promover medidas necessárias à proteção da vigência e da eficácia da Constituição" e, mais adiante, comenta a introdução da legitimação para "uma proteção a patrimônio público", concluindo que a Constituição introduziu ao Ministério Público "vigilância ativa com legitimação processual, sob a legalidade da administração.

Ainda:

A lição magistral do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, demonstra claramente esta assertiva, pois,

> com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformularam-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação própria da sociedade civil. Visto que o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, instituiu o legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o membro da Instituição e a própria Instituição, cuja atuação autônoma configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei (*in Direito Constitucional,* 12. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 501 e 514).

Portanto, no presente caso, resta clara a possibilidade de atuação do Ministério Público diante dos fatos narrados na exordial e demonstrados pelos documentos colacionados aos autos.

O MM. Juiz *a quo* reconheceu que os hábitos descritos na inicial "podem causar danos à saúde dos moradores da aludida residência e mesmo da vizinhança", mas decidiu que o Ministério Público é parte ilegítima passiva, pois seria competência do Município a preservação da saúde pública no âmbito local e, ainda, porque não teria havido alegação de omissão do Município.

A meu ver, a omissão se faz presente nos documentos de f. 12 e segs., principalmente no documento de f. 14, em que a Gerente de Saúde da Regional Centro-Sul oficia à Promotoria de Defesa da Saúde pedindo ajuda e orientações diante do caso da rua Mucuri, 89, para o qual vários profissionais da área de saúde da Prefeitura tentaram em vão adotar medidas de higienização e preventivas/repressivas de doenças naquele ambiente.

Já o interesse público se faz presente, no momento em que os fiscais da Prefeitura (controle de zoonoses - infecções ou doenças infecciosas transmissíveis por animais ao homem e as que são comuns ao homem e aos animais) atestam a presença no imóvel de focos de dengue, animais com leishmaniose, a existência de uma ratazana morta na caixa d'água, excrementos espalhados pelo chão, entulhos, restos de madeira e, principalmente, uma pessoa idosa, provavelmente incapaz (pela narrativa dos autos), sem os cuidados adequados à manutenção de sua vida.

Segundo a Lei Municipal nº 7.031/96, em seu art. 3º:

> O direito à saúde é inerente à pessoa humana, constituindo-se em direito público subjetivo.
> Parágrafo único - O dever do Poder Público de prover as condições e as garantias para o exercício do direito à saúde não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Dessa forma, o MP tem legitimidade jurídica para tomar medida judicial, pois presentes o interesse social e o interesse público, por se tratar de um caso de saúde pública, visto que focos de doenças como a dengue e leishmaniose inadequadamente conduzidos podem, inclusive, provocar um surto regional, como temos visto em outros municípios mineiros.

Ressalte-se, ainda, que a Lei nº 10.741, de 1º.10.03, conhecida como Estatuto do Idoso, prevê os casos em que o *Parquet* deve atuar na proteção do idoso em caso de omissão da família ou de sua condição pessoal (art. 74 c/c art. 43), o que parece ser o caso em tela.

Portanto, a relevância social dos bens jurídicos tutelados, no caso, o controle de zoonoses (saúde pública) e a necessidade de cuidados com a idosa ou incapaz, justifica a legitimação do Ministério Público para a propositura da presente medida.

Por último, tenho que a total infringência dos moradores da rua Mucuri, 89, à Lei Municipal nº 7.031/96 autoriza a concessão do presente alvará judicial, em sede de antecipação de tutela, senão vejamos:

> Art. 109. A autoridade sanitária terá livre ingresso, em qualquer dia e hora, mediante as formalidades legais, em todas as habitações particulares ou coletivas, prédios ou estabelecimentos comerciais, industriais e prestadores de serviços de qualquer natureza, terrenos cultivados ou não, lugares e logradouros públicos, e neles fará observar as leis e regulamentos que se destinam à promoção, proteção e recuperação da saúde, inclusive para investigação de inquérito sanitário.
> Parágrafo único. Nos casos de oposição ou dificuldade à diligência, a autoridade sanitária poderá intimar o proprietário, locatário, responsável, administrador ou seus procuradores, no sentido de que a facilitem imediatamente ou dentro de 24 (vinte e quatro) horas, conforme a urgência.
>
> Art. 91 Os responsáveis por imóveis, domicílios, estabelecimentos comerciais e industriais deverão impedir o acúmulo de lixo, entulho, restos de alimentos, água empoçada ou qualquer outra condição que propicie alimentação, criatório ou abrigo de animais sinantrópicos.

O imóvel encontra-se totalmente fora das determinações legais de higienização e controle de zoonoses, causando sério risco de surto regional de vários tipos de doenças, pelo que se impõe o adiantamento da tutela requerida na inicial.

A respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 7. ed., Editora Revista dos Tribunais, 2003, nos comentários ao artigo 461, nota 14, lecionam:

> Adiantamento da tutela. A tutela específica pode ser adiantada, por força do CPC 461 § 3º, desde que seja relevante o fundamento da demanda (*fumus boni juris*) e haja justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*). É interessante notar que, para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento *tout court* (CPC 273). É suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que o CPC 273 exige, para as demais antecipações de mérito: a) a prova inequívoca; b) o convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação; c) ou o *periculum in mora* (CPC 273 I) ou o abuso do direito de defesa do réu (CPC 273 II).

Como visto anteriormente, trata-se de caso de relevante interesse social e risco iminente para a saúde pública, sendo necessária a concessão da tutela antecipada, ainda que o pedido feito na inicial seja de concessão de liminar e, no recurso, o MP tenha pedido a expedição do alvará judicial.

Nessas condições, entendo que é o caso de dar provimento ao recurso, reconhecendo a legitimidade ativa do Ministério Público e antecipando a tutela requerida, para conceder o alvará, nos moldes em que requerido.

Com essas razões, dou provimento ao recurso, para reconhecer a legitimidade do Ministério Público para propor a presente demanda, concedendo o alvará judicial, nos moldes em que requerido.

Isento de custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Antônio de Pádua* e *Osmando Almeida*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

## ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO - MORA *EX RE* - NOTIFICAÇÃO PESSOAL - PRESCINDIBILIDADE - DECRETO-LEI 911/69 - CONSTITUCIONALIDADE

**Ementa: Busca e apreensão. Recepção pela Carta Magna de 1988. Notificação pessoal. Prescindibilidade. Mora *ex re*.**

**- A tese de inconstitucionalidade do Decreto-lei 911/69 tem sido paulatinamente diluída, não sendo caso de se considerá-la, portanto, atentando-se para o fato de que a concessão de liminar *inaudita altera parte* somente posterga o contraditório, não o suprimindo, entretanto, restando preservado o princípio constitucional que garante aos litigantes o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV).**

**- Na busca e apreensão de bem dado em garantia fiduciária, a mora decorre do simples vencimento do prazo para pagamento, podendo ser comprovada tanto por carta registrada expedida por Cartório de Títulos e Documentos como pelo protesto do título.**

**Apelação a que se dá provimento para cassar a respeitável sentença e deferir a liminar de busca e apreensão.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.814665-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. - Apelado: Adenilso Fidélis Andrade - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2006. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Sebastião Pereira de Souza* - Conheço do apelo porque regular e tempestivamente aviado, constatados os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade recursal.

Gira a questão em torno da inconstitucionalidade do Decreto-lei 911/69 e da imprescindibilidade da notificação pessoal do devedor para que o mesmo seja constituído em mora, fundamentos que foram utilizados pelo Juízo primeiro para a extinção da ação de busca e apreensão aforada pelo Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., decisão sobre a qual fora interposto o presente recurso de apelação.

Passo, inicialmente, à perquirição a respeito da constitucionalidade do Decreto-lei 911/69.

A) Da alegada inconstitucionalidade do Decreto-lei 911/69.

Sob a égide do original Decreto-lei 911/69, ainda não modificado pela Lei 10.931/04, já havia firmado entendimento a respeito da constitucionalidade daquele decreto, reconhecendo, naquela oportunidade, que a tese de inconstitucionalidade do estatuto legal, lastreada na possibilidade de concessão de liminar *inaudita altera parte* e também na restrição das matérias de defesa concedidas ao devedor fiduciante, como apregoada por alguns juristas, não merecia prosperar. E, balizando a minha compreensão, demonstrava que não somente no decreto-lei em cotejo havia sido excepcionada a faculdade de concessão de liminares sem a oitiva da outra parte, possibilidade prevista, também, entre outras situações, como nos casos de concessão da tutela antecipada (artigo 273 do Código de Processo Civil), podendo-se afirmar que nessas

hipóteses restaria o contraditório somente postergado. Evidenciava, ainda, que o rol das matérias de defesa constantes do artigo 3º do aludido decreto-lei seria meramente exemplificativo, cabendo ao Juízo, por óbvio, dentro do seu poder de cautela, a análise detida de outras questões que não aquelas expressamente previstas, mas também das extintivas do direito alegado.

No mesmo quadrante, vinha-se manifestando o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Matéria de defesa. Artigo 3º, § 2º, do Decreto-lei 911/69. Limitação da taxa de juros. Precedentes.
> - I - Determina o art. 3º, § 2º, do Decreto-lei 911/69 que, na contestação da ação de busca e apreensão, só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais. É que não se trata ainda de cobrança, não se podendo falar em excesso das cláusulas contratuais, que, por sua vez, somente serão impugnáveis em momento oportuno, não no âmbito restrito da ação de busca e apreensão, que visa, unicamente, consolidar a propriedade nas mãos do legítimo dono.
> - II - Todavia, em casos de pedido manifestamente ilegal ou nitidamente em confronto com o contrato, a defesa do réu poderá ser estendida, apontando-se de imediato tais vícios, pena de desvirtuamento do instituto.
> (...)
> - IV - Recurso especial conhecido e parcialmente provido (STJ - REsp 250639 - MG - 3ª T. - Rel. Min. Waldemar Zveiter - *DJU* de 05.03.2001, p. 158).

> Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Decreto-lei nº 911/69. Recepção pela Constituição. Orientação do Supremo Tribunal Federal. Liminar. Requisitos legais. Comprovação da mora. Inadimplemento do devedor. Circunstâncias do caso. Poder geral de cautela. Recurso desacolhido.
> - I - Na linha da orientação do Supremo Tribunal Federal, as disposições contidas no Decreto-lei nº 911/69 foram recepcionadas pela Constituição.
> - II - Comprovada a mora e o inadimplemento da devedora e ausente qualquer circunstância que possa afastar a aplicação da referida norma (*v.g.*, serem os bens indispensáveis ao sustento do devedor), a concessão da liminar na ação de busca e apreensão se justifica, nos termos do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69.
> - III - Pelo poder geral de cautela, pode o juiz, diante das circunstâncias do caso, deixar de conceder a liminar de busca e apreensão, como no caso (STJ - REsp 151272/SP - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - *DJU* de 24.02.2003).

Com o advento da Lei 10.931/04, que alterou o procedimento da busca e apreensão, revogando os parágrafos do artigo 3º do Decreto-lei 911/69, inclusive aquele que tratava da restrição das matérias de defesa, restou prejudicada uma das afirmações utilizadas como fundamento para a tese de inconstitucionalidade do decreto, prevendo o novo § 3º do artigo 3º simplesmente que o devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar, evidência que contribui para o respaldo definitivo do meu entendimento, reconhecida, agora legalmente, a ampliação das alegações de defesa.

O certo é que a tese de inconstitucionalidade do Decreto-lei 911/69 tem sido paulatinamente diluída, não sendo caso de se considerá-la, portanto, atentando-se para o fato de que a concessão de liminar *inaudita altera parte* somente posterga o contraditório, não o suprimindo, entretanto, preservado o princípio constitucional que garante aos litigantes o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV), não havendo fundamento para a ausência de recepção do decreto pela Constituição Federal por esse motivo. Ademais, ainda que algum dos dispositivos do decreto afrontasse determinado princípio constitucional, caberia a sua revogação tópica, afastada aquela incidente sobre todo o estatuto legal. Em suma, não há dúvida de que o Decreto-lei 911/69 fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

B) Da comprovação da mora da devedora.

Alega o recorrente que a mora se daria pelo simples vencimento do prazo, ao contrário do afirmado pelo MM. Juiz sentenciante.

E de fato assiste-lhe razão em parte, conforme reiteradas vezes me venho manifestando sobre o tema, no sentido da desnecessidade de

que o devedor firme, de próprio punho, o aviso de recebimento referente à notificação extrajudicial, não sendo caso de extinção do feito a ausência de notificação pessoal do devedor. É que, na busca e apreensão de bem dado em garantia fiduciária, a mora decorre do simples vencimento do prazo para pagamento, podendo ser comprovada tanto por carta registrada expedida por Cartório de Títulos e Documentos como pelo protesto do título.

Analisando os autos, verifico que a mora foi devidamente comprovada através do protesto do título, conforme instrumento de f. 16, não havendo que se falar, pois, em ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para cassar a respeitável sentença. Defiro a liminar de busca e apreensão a ser cumprida por mandado a ser expedido no juízo de origem determino a citação e a regular tramitação do processo, julgando ao final o MM. Juiz como lhe parecer de direito.

Custas, ao final, pela parte sucumbente.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Otávio Portes* e *Mauro Soares de Freitas*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

## AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - CHEQUE ESPECIAL - AUSÊNCIA DO CONTRATO - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - NÃO-CABIMENTO - ACESSO À JUSTIÇA - ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ART. 6º, VII E VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

**Ementa: Inversão do ônus da prova. Contrato de cheque especial não juntado com a inicial. Violação ao art. 282, IV, do CPC. Inocorrência. Acesso à Justiça.**

**- A juntada dos contratos de cheque especial na inicial não é imprescindível, mormente pelo fato de esses documentos normalmente se encontrarem na instituição financeira. Exigir que o consumidor possua cópias dos contratos de cheque especial para o ajuizamento da respectiva ação revisional equivaleria à imposição de um óbice ao acesso ao Judiciário, em desrespeito ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, assim como do art. 6º, inciso VII, do CDC.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.443896-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Paulo Jorge Neves e outros rep. p/ Andec - Apelado: Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. - 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

Belo Horizonte, 10 de maio de 2006. - *Nilo Lacerda* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Nilo Lacerda* - Conheço da presente apelação, por ser própria, tempestiva e regularmente processada. Além disso, estão os apelantes litigando sob o pálio da gratuidade de justiça, pelo que restou dispensado o preparo.

Trata-se de apelação cível interposta contra a r. sentença de f. 247/248, nos autos da ação de revisão de cláusulas contratuais proposta por

Paulo Jorge Neves, Cláudia de Bessa Solmocci Moreira de Oliveira, Roberto Gaulia, RGA Indústria e Comércio Ltda., todos representados pela Andec - Associação Nacional dos Consumidores de Crédito contra Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A.

A r. decisão guerreada indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem o julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso I, do CPC, por entender ser impossível a revisão de cláusulas contratuais sem a juntada dos contratos impugnados ao processo. Dessa forma, a petição inicial estaria em desacordo com os arts. 282, inciso IV, e 293 do CPC.

Irresignados, os apelantes se insurgem contra a r. sentença, ao fundamento de que teriam requerido expressamente a inversão do ônus da prova; e, assim, caberia ao réu a apresentação dos contratos impugnados, em face do Princípio da Facilitação da Defesa do Consumidor, insculpido no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente, expõe novamente as razões de mérito que motivaram o ajuizamento da presente ação.

Não houve a apresentação de contra-razões, tendo em vista que o réu não foi ainda citado, diante do indeferimento da petição inicial antes da formação da relação processual.

Do exame dos autos, cheguei a conclusão diversa da que chegou o Magistrado que proferiu a r. sentença recorrida, em função da realidade evidenciada pelo caderno processual.

O douto Magistrado a quo indeferiu a petição inicial ante a ausência das especificações do pedido, nos termos do art. 282, IV, do CPC, sob o fundamento de que os autores pretendem a revisão de seus débitos, mas não juntaram aos autos o que constitui o fundamento de sua causa de pedir, os contratos firmados com a instituição financeira. Além disso, não teriam apontado quais as cláusulas considerariam abusivas e que desejariam que fossem revisadas.

Entendeu, ainda, que é impossível obter a pretendida prestação jurisdicional, visto que é inviável, além de inconstitucional, rever as cláusulas de uma avença que nem sequer consta dos autos. Da mesma forma, violaria a ampla defesa o fato de poderem os autores, a seu bel-prazer, no decorrer da demanda, apontar quais os pactos serão ou não revistos.

Primeiramente, entendo que a causa de pedir está demonstrada na inicial, visto que a causa de pedir é o conjunto de fundamentos levados pelo autor a juízo, constituído pelos fatos e pelo fundamento jurídico a ele aplicados. Os fundamentos de fato compõem a causa de pedir próxima. Trata-se da violação do direito que se pretende proteger em juízo. Já os fundamentos jurídicos compõem a causa de pedir remota, que nada mais é que a base que o ordenamento jurídico dá ao autor para que possa deduzir pretensão junto ao Poder Judiciário.

Uma vez que os autores afirmam que o banco réu lhes está cobrando dívidas consideradas abusivas, demonstrados estão os fundamentos de fato e de direito do pedido, uma vez que o ordenamento jurídico vigente coíbe a cobrança de dívidas inexistentes ou ilegais.

Sendo assim, entendo que os autores demonstraram na inicial o que constitui o fundamento da causa de pedir, mesmo sem a juntada dos contratos firmados com a instituição financeira.

Com efeito, é cediço que a maioria dos correntistas, na qualidade de consumidores de serviços financeiros, possui cheque especial nas instituições financeiras, mas dificilmente possuem os contratos firmados com essas instituições, já que eles normalmente ficam atrelados à abertura da conta corrente, muitas vezes ocorrida há tempos atrás.

Portanto, exigir que o consumidor possua cópias dos contratos de cheque especial para o ajuizamento da respectiva ação revisional equivaleria à imposição de um óbice ao acesso ao Judiciário, em desrespeito ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, assim como do art. 6º, inciso VII, do CDC.

Ademais, sabe-se que a exibição de coisa ou documento determinada pelos arts. 355 e seguintes do CPC é medida requerida incidentalmente, ou seja, na pendência da lide. Dessa forma, a juntada dos referidos documentos pelo banco réu em sede de contestação ou mesmo posteriormente é plenamente viável e não se mostraria como violação à ampla defesa, como asseverou o Juízo monocrático.

No caso presente, não haverá qualquer prejuízo à defesa da parte contrária, na medida em que haverá apenas a juntada de documentação de pleno conhecimento do réu e por ele mesmo confeccionado, sem possibilidade de qualquer surpresa.

A meu ver, o melhor caminho para a solução da lide não era o indeferimento da peça inicial. Vê-se que, no caso, os autores, desde a peça inicial, postularam que o banco réu apresentasse tal documentação, seja porque os consumidores jamais tiveram acesso a cópias desses contratos, seja porque entendiam devida a inversão do ônus da prova.

Cabia, então, ao ilustre Magistrado analisar o pedido de inversão do ônus da prova requerido pelos autores. A parte não pode ser penalizada pela omissão do Julgador em apreciar tais pedidos. Além do mais, é prática corriqueira, na relação entre consumidores e entidades financeiras, a não-entrega de cópias de contratos e extratos.

Não se verifica, assim, a situação de insegurança sugerida pelo douto Julgador, pois os autores se insurgem contra práticas abusivas constantes de contratos que vêm sendo cumpridos pelo réu. Frise-se que o teor das referidas práticas é de seu inteiro conhecimento, de forma que não há que se falar em mácula no seu direito de defesa pelo simples fato de não serem apontadas quais as cláusulas tidas como abusivas pelos consumidores.

Portanto, como demonstrado, a juntada dos contratos em sede de contestação pelo banco réu não importará em qualquer prejuízo, mormente pelo fato de não estar sendo discutido nos autos o seu descumprimento, mas sim a abusividade de suas cláusulas no curso de seu cumprimento.

Nesse sentido, o antigo Tribunal de Alçada mineiro assim decidiu:

> Ementa: Agravo de instrumento. Inversão do ônus da prova. Conseqüências. Lei nº 8.078/90. - Numa relação litigiosa envolvendo partes economicamente desiguais, na qual uma delas detém toda a prova documental e técnica para a solução da lide, porquanto autora dos contratos e lançamentos impugnados, tem-se por caracterizada a hipossuficiência da outra parte, que autoriza a inversão do ônus da prova, mas não lhe obriga a pagar pela realização de prova que não venha a requerer. Dessa feita, a inversão obriga o fornecedor a provar o acerto de seus lançamentos contábeis e financeiros, diante da presunção que passa a viger a favor do consumidor.
> Agravo improvido (TAMG, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 342.101-8, Rel. Des. Nilson Reis, j. em 30.08.2001).

Assim, a decisão como posta não pode prosperar, uma vez que importa em verdadeiro óbice ao acesso à Justiça pelos apelados.

Isso posto, dou provimento ao recurso, para cassar a r. decisão monocrática, determinando o prosseguimento normal do feito, com a citação do réu para contestar o feito.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Alvimar de Ávila* e *Saldanha da Fonseca*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**MEDIDA CAUTELAR - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO - SEGURO - TABELA DE UNIDADE DE REEMBOLSO DE SEGUROS - RESISTÊNCIA - ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - MULTA DIÁRIA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL**

**Ementa: Civil e processual civil. Apelação. Ação cautelar de exibição de documentos. Contrato de seguro e tabela de unidade de reembolso de seguro. Resistência caracterizada. Condenação aos ônus de sucumbência. Cabimento. Multa diária. Ausência de previsão legal. Sentença mantida. Recursos conhecidos e não providos.**

**- A ação cautelar de exibição de documentos destina-se a tornar conhecidos da parte ativa fatos que tenham interesse para eventual e futura ação.**

**- A parte que recusa apresentar documentos dá causa ao ajuizamento da ação e, por conseguinte, deve arcar com os ônus de sucumbência.**

**- Na ação de exibição de documentos, não deve ser imposta multa pelo eventual não-cumprimento da sentença, por falta de previsão legal para sua aplicação.**

**Recursos conhecidos e não providos.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.386266-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Bradesco Seguros S.A. - Apelante adesivo: Júlio Bernardes de Castro - Apelados: os mesmos - 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, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2006. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Sr.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino* - Conheço dos recursos porque tempestivos, próprios e por terem contado com preparo regular.

Preliminar.

Nulidade da sentença.

Na sentença, o MM. Juiz entendeu que o segurado tem o direito de conhecer a integralidade do contrato firmado, para fazer valer seus direitos, inclusive o de rescisão. Julgou procedente o pedido, determinando a exibição dos documentos pretendidos na inicial e condenando o réu no pagamento dos ônus de sucumbência.

A ré argüiu preliminar de nulidade da sentença, ao argumento de que, na ação cautelar preparatória, a decisão deve-se limitar ao reconhecimento do dever do réu de exibir ou não o documento solicitado na inicial.

Tenho que não assiste razão à apelante.

O pedido do autor, na cautelar de exibição, é preparatório para futura ação. Todavia, sua finalidade tem natureza satisfativa, já que a pretensão da parte é conhecer o conteúdo dos documentos que pediu na inicial. Logo, a ação é autônoma, e, na sentença, o Juiz não pode somente reconhecer o dever do réu de exibir os documentos pretendidos na inicial, devendo, também, determinar a exibição para assegurar a pretensão do autor de conhecer o conteúdo dos documentos.

Sobre o tema, ensina Sérgio Sahione Fadel, ao interpretar o art. 844 do CPC:

> A exibição, como medida cautelar, é sempre preparatória de ação futura. (...)
> Assim, no procedimento cautelar de exibição, o requerido é citado para exibir ou contestar, e a sentença final é que, no caso de contestação, o condenará a fazê-lo, isto é, a exibir a coisa ou documento. (...)

A finalidade da medida é condenar a outra parte a exibir a coisa ou documento, logo, pretensão condenatória por excelência. O réu, se vencido, é condenado a exibir; não o fazendo, o que o autor desejaria comprovar com a exibição, se considerará provado (*Código de processo civil comentado*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1986, p. 718/719).

Também nesse sentido, relata Ernane Fidélis dos Santos:

(...) a medida prevista no processo cautelar nada tem de cautela, sendo preparatória, mas de natureza satisfativa. A exibição, conforme definida, tem por objetivo não antecipar provas, mas permitir que o interessado tenha às vistas a coisa ou documento, a fim de examiná-los, para atestar seu direito ou interesse (art. 844, I a III). O interesse da parte que resulta da exibição é, pois, apenas o exame da coisa ou documento sem objetivo de produzir prova para outro processo (...) razão pela qual há também dispensa de o autor indicar a lide futura e seu fundamento na inicial, conforme se exige para medida cautelar em geral (art. 801, III) (*in Manual de direito processual civil*, 3. ed., Saraiva, 1993, v. 2, p. 347).

Nesse sentido:

1) - A ação de exibição de documentos prevista nos arts. 844 e segs., CPC, embora seja preparatória, tem natureza nitidamente satisfativa, pois o interesse do autor cinge-se ao acesso ao documento solicitado, possibilitando o conhecimento de seu conteúdo, sem objetivo de produzir prova para outro processo.
- Recurso provido (AC 351.594-2/Juiz de Fora, 2ª Câmara Cível/TAMG, Rel. Juiz Edivaldo George, *DJ* de 05.02.2002).

2) Ementa: Processual civil. Medida cautelar. Exibição judicial. Art. 844, CPC. Possibilidade de atribuir-se cunho satisfativo.
- Em princípio, as medidas cautelares estão vinculadas a uma ação principal, ou a ser proposta ou já em curso (art. 800, CPC).
- Todavia a jurisprudência sensível aos fatos da vida, que são mais ricos que a previsão dos legisladores, tem reconhecido, em certas situações, a natureza satisfativa das cautelares, quando se verifica ser despicienda a propositura da ação principal, como na espécie, em que a cautelar de exibição se exaure em si mesma, com a simples apresentação dos documentos (AC 326.538-5/Contagem, 4ª Câmara Cível/TAMG, Rel. Juiz Alvimar de Ávila, *DJ* de 21.02.2001).

3) Ementa: Medida cautelar. Exibição de documentos bancários. Autonomia. Deferimento. Contenciosidade. Verba honorária devida. - Não se pode acoimar dependente de futuro pleito principal a ação exibitória. É ela de trato peculiar, em face de que os exibidos documentos poderão ensejar outra demanda complementar, e não há como afastar a sua autonomia e, pois, dela, uma vez procedente, subtrair a condenação sucumbencial, custas e honorários de advogados (AC 362.095-1/Contagem, 6ª Câmara Cível/TAMG, Rel. Juiz Valdez Leite Machado, *DJ* de 29.08.2002).

Logo, rejeito a preliminar.

Mérito.

1) Apelação principal - da seguradora ré.

A ré recorreu da sentença que julgou procedente o pedido do autor, determinando a exibição dos documentos pretendidos na inicial e condenando-a no pagamento dos ônus de sucumbência.

Examinando tudo o que dos autos consta, tenho que a sentença deve ser mantida. Vejamos.

Inicialmente, ressalto que restou afastada a revelia da seguradora apelante, quando a Turma Julgadora da 9ª Câmara Cível do extinto TAMG reconheceu a nulidade da sentença, por ausência de intimação da parte para regularização de sua representação (f. 125/131).

Assim sendo, não pode haver presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial sem análise cuidadosa do mérito da lide.

Pois bem. A respeito do tema ora em debate - ação de exibição de documentos -, ensina-nos o Professor Humberto Theodoro Júnior:

O processo brasileiro conhece três espécies de exibição:

> 1) exibição incidental de documento ou coisa, que não é considerada ação cautelar, mas medida de instrução tomada no curso do processo (arts. 355-363 e 381-382);
> 2) ação cautelar de exibição, que só é admitida como preparatória de ação principal. O que caracteriza a exibição como medida cautelar é servir ela para evitar o risco de uma ação mal proposta ou deficientemente instruída...;
> 3) ação autônoma ou principal de exibição, que Pontes de Miranda chama de 'ação exibitória *principaliter*', através da qual 'o autor deduz em juízo a sua pretensão de direito material à exibição, sem aludir a processo anterior presente ou futuro, que a ação de exibição suponha, a que se contacte ou que preveja' (*Processo cautelar*, Leud, p. 286, nº 237).

Em outro livro de sua autoria, o mesmo processualista leciona que:

> ... o direito à exibição tende à constituição ou asseguração de prova, ou às vezes ao exercício de um simples direito de conhecer e fiscalizar o objeto em poder de terceiro. Não visa a ação de exibição a privar o demandado da posse de bem exibido, mas apenas a propiciar ao promovente o contato físico direto, visual, sobre a coisa (*Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 453).

No caso dos autos, a exibição intentada pelo autor é preparatória de futura ação que ajuizará contra a seguradora, pautada em eventual diferença de reembolso de despesas que fique demonstrada nos documentos pretendidos na presente lide. Tal modalidade está prevista no art. 844, II, do CPC, que dispõe:

> Art. 844. Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial:
> I - de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer;
> II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios;
> III - da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei.

As partes celebraram contrato de seguro, e o autor pretende a exibição de tabela de unidades de reembolso de seguros referente ao plano contratado, do período de setembro/1993 a agosto/2004, porque suspeita que tem diferenças a receber da ré, referentes ao reembolso que recebeu quando se submeteu a uma cirurgia. Tal documento é comum às partes porque ligado diretamente à relação jurídica firmada por elas, ou seja, o contrato de seguro.

É cediço que o contrato de seguro está amparado pelas normas consumeristas. De acordo com o CDC, o consumidor tem direito de conhecer integralmente o conteúdo dos contratos que celebra.

No caso dos autos, o autor suspeita ter recebido reembolso de seguro em valor menor ao previsto no contrato. Por isso, ele pretende a presente exibição dos documentos. Através da tabela de unidades de reembolso de seguro, o autor poderá certificar-se de eventual direito de cobrança de diferenças em juízo.

O autor sustenta que não recebeu a tabela no momento da assinatura do contrato nem no momento do reembolso. Ele juntou nos autos somente o demonstrativo de reembolso das despesas hospitalares (f. 05/06), mas não tem como compará-lo à tabela de URSs, porque dela não tem conhecimento.

A ré/apelante, por sua vez, não provou, como é de seu ônus, que fez a entrega das tabelas de URSs ao autor. Então, presume-se não entregue o documento, já que a seguradora não fez prova inversa positiva, como lhe cabia.

Nesse sentido:

> Ementa: Ônus da prova. Réu. Fato desconstitutivo. Falta de prova. Procedência do pedido. - O réu tem o ônus de fazer a prova desconstitutiva, ou seja, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, justificando-se a procedência do pedido se não faz a prova que lhe compete (Ap. 376.025-8/Belo Horizonte, 1ª Câmara Cível/TAMG, Rel.ª Juíza Vanessa Verdolim Andrade, 1º.04.2003).

A apelante se esquivou de apresentar a tabela, juntando aos autos apenas os comprovantes de reembolsos feitos ao autor.

Ora, os documentos pretendidos são anexos ao contrato de seguro, já que o mesmo prevê o reembolso com base nas URSs, conforme item 5.1 (f. 19).

Ademais, a ação de exibição de documentos, ainda que tenha natureza cautelar, é de cunho satisfativo e não exige prova de existência de direito material. Contudo, provada a necessidade da exibição para eventual ação futura, cumpre a ação seu papel de cautelar preparatória.

Aqui, vale ressaltar que a procedência do pedido de exibição das tabelas não acarreta a presunção de que haja direito de cobrança de diferença de reembolso em favor do autor, mas apenas dá a ele a oportunidade de averiguar tal fato. Caso o autor fique convencido de que o valor recebido seja o correto, não terá sequer interesse de ajuizar ação de cobrança contra a seguradora apelante.

Logo, o autor/apelado tem direito de conhecer o teor das tabelas de URSs, desde o início da vigência do contrato, ou seja, setembro/1993, devendo ser mantida a procedência do pedido nesse ponto.

Quanto à condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, tenho que também deve ser mantida.

Sobre o tema ensina Humberto Theodoro Júnior, *in verbis*:

> O certo é que as ações cautelares não são simples incidentes do processo principal, seja porque seu fundamento e seu objetivo nada têm que ver com iguais elementos do processo principal, seja porque o processo cautelar pode existir e ser julgado antes do principal, não ficando descartada a possibilidade de que este, na realidade, jamais venha a ser proposto; seja porque a solução de um deles, em regra, não influi no julgamento do outro.
>
> Havendo, portanto, inegável autonomia lógica e jurídica entre os dois procedimentos (pois o vínculo existente entre eles é apenas instrumental), parece-me claro que o sucumbente em cada um deles terá de arcar com as conseqüências completas de sua derrota processual, assumindo a responsabilidade integral pelas custas e honorários advocatícios da parte contrária.
>
> Na própria lei encontra-se dispositivo expresso em que se revela a intenção do legislador de incluir a verba advocatícia entre as responsabilidades do vencido no procedimento cautelar. Trata-se do art. 819 do CPC, onde se prevê que a suspensão de execução do arresto, quer por meio do pagamento da dívida, quer por meio de caução, deve compreender recolhimento ou depósito do principal, custas e honorários advocatícios, que o juiz arbitrar.
>
> Mas o que não se deve deixar de observar é que a disputa judicial em torno de uma providência cautelar é sempre objeto da ação, como sinônimo de pretensão contenciosa gerada de processo cautelar. (...)
>
> Mas processo cautelar, como procedimento verdadeiramente contencioso, só ocorre quando o pedido de medida cautelar é contestado pelo promovido.
>
> Aí sim, estabelecido um conflito efetivo de interesses no campo da tutela preventiva, em razão da resistência do adversário, teremos uma relação processual capaz de provocar a configuração da parte vencedora e parte vendida, ao final do provimento. E, em conseqüência, teremos os consectários da sucumbência processual, previstos no art. 20 do CPC, ou seja, a imposição ao sucumbente da condenação nas custas do processo e honorários advocatícios da parte vencedora.
>
> A imposição da verba advocatícia ao vencido fica na dependência de se verificar no caso concreto, se houve, ou não, uma ação cautelar no sentido próprio, isto é, como disputa contenciosa em torno de uma providência preventiva (*Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 399-400).

Ora, a seguradora apelante contestou o pedido, alegando que a contratação do seguro foi transparente, assim como o reembolso. Todavia, ela se recusou a entregar as tabelas de URSs do período pedido pelo autor, de 1993 a 2003, inclusive quando deferida a liminar e intimada para exibição dos documentos, já que

somente juntou os demonstrativos de pagamento do reembolso que já eram do conhecimento do apelado (f. 19/24).

Lado outro, a legislação que rege a matéria não exige a comprovação de que todos os meios disponíveis sejam efetivamente utilizados sem sucesso para a interposição da presente medida, mesmo porque o livre acesso ao Judiciário é uma garantia constitucional conferida a todos e não se poderia exigir que o apelado deixasse de buscar esse direito procedendo de outra forma.

Certo é que a apelante se recusou a exibir os documentos, dando causa ao ajuizamento da ação e, por conseqüência, sucumbindo.

Esse é o entendimento jurisprudencial:

> 1) (...) Possuindo natureza contenciosa a ação cautelar de exibição de documentos, julgada ela procedente, dá ensejo à condenação da parte vencida na verba honorária sucumbencial, pela aplicação do princípio da causalidade. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido (REsp 533.866/RS, 4ª Turma/STJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJU* de 31.05.2004).
>
> 2) Ementa: Ação cautelar de exibição de documentos. Ônus de sucumbência. Verba devida.
> - Em todos os procedimentos contenciosos, inclusive nas medidas cautelares, aplica-se a condenação em honorários.
> - Recurso provido (AC 364.332-7/Juiz de Fora, 2ª Câmara Cível/TAMG, Rel. Juiz Ediwal José de Morais, *DJ* de 29.10.2002).
>
> 3) Apelação cível. Ação de exibição de documentos. Embargos declaratórios tempestivos. Honorários advocatícios em ação cautelar. Resistência caracterizada. Recurso a que se nega provimento.
> - Observado o qüinqüídio legal, não são intempestivos os embargos aviados.
> - Em ação cautelar, a condenação nos honorários de advogado é plenamente admissível com base na própria justificação do instituto, focalizado sob os ângulos da sucumbência e da causalidade. A parte obrigada a recorrer às vias judiciais para fazer valer seu direito de não poder suportar um sacrifício econômico (*RT* 669/92) (AC 2.0000.00.504.593-6/000/Belo Horizonte, 13ª Câmara Cível/TJMG, Rel.ª Des.ª Hilda Teixeira da Costa, *DJ* de 06.10.2005).
>
> 4) Exibição de documentos. Instituição bancária. Resistência ao pedido. Sucumbência devida. - Se o requerido resiste ao pedido de exibição dos documentos comuns às partes, mesmo exibindo-os no curso do processo, deve suportar a verba de sucumbência, em atenção ao princípio da causalidade (AC 2.0000.00.503.896-8/000/17ª Câmara Cível/TJMG, Rel. Des. Walter Pinto da Rocha, *DJ* de 17.11.2005).

Por fim, quanto ao valor dos honorários, arbitrados na sentença em R$ 1.000,00, tenho que deve ser mantido, porque, examinando o conteúdo dos autos, atento ao que dispõe o § 4º do art. 20 do CPC, verifica-se que a causa em questão não ofereceu maiores dificuldades nem exigiu muito tempo do trabalho dos patronos do requerente.

Mantenho, pois, o valor dos honorários porque condizente com os requisitos das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do art. 20 do CPC.

Assim, nego provimento ao recurso principal.

2) Apelação adesiva - do autor.

O autor recorreu da sentença que julgou procedente seu pedido de exibição de documento, pugnando pela condenação da seguradora ao pagamento de multa diária de R$ 1.000,00 em caso de descumprimento da ordem judicial.

Tenho que não assiste razão ao apelante adesivo.

É que a conseqüência da negativa de exibição será apenas a admissão, como verdadeiros, dos fatos que se pretendia provar. Não se pode impor, além disso, a multa cominatória.

O procedimento da cautelar de exibição é regido pelos artigos 844 e 845 do CPC, remetendo este último à observância dos artigos 355 a 363 e 381 e 382, no que couber.

Da análise dos dispositivos supracitados, verifica-se que não há previsão de fixação de

multa pela não-apresentação dos documentos. Segundo se infere do disposto no art. 359 do estatuto processual, se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357, a conseqüência desse será que, ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento, pretendia a parte provar, nada mais.

Confiram-se:

> 1) Recurso especial. Ação cautelar. Exibição de documentos. Multa cominatória. Descabimento.
> - A incidência do artigo 359 do Código de Processo Civil nas ações cautelares de exibição de documento, determinada pelo artigo 845 do mesmo estatuto, afasta a possibilidade de aplicação de multa cominatória. Precedente da Terceira Turma.
> - Recurso provido (REsp 633.056/MG, 3ª Turma/STJ, Rel. Min. Castro Filho, *DJ* de 12.04.2005).
>
> 2) Agravo de instrumento. Cautelar de exibição de documento. Decisão interlocutória que fixa multa pelo descumprimento da ordem de exibição. Descabimento. - O procedimento da cautelar de exibição é regido pelos artigos 844 e 845 do Código de Processo Civil, remetendo este último à observância dos artigos 355 a 363 e 381 e 382, no que couber. Tais dispositivos legais não prevêem a fixação de multa pela não-apresentação dos documentos pleiteados na cautelar de exibição, enquanto pendente esta de julgamento (TAMG - AI n º 342.716-9, 3ª Câmara Cível, Rel.ª Juíza Selma Marques, j. em 17.12.2003).
>
> 3) A conseqüência da negativa de exibição será apenas a admissão, como verdadeiros, dos fatos que se pretendia provar (*RT* 788/290).
>
> 4) ... Não há falar em imposição de multa, pelo não-cumprimento da sentença, estando ou não tal pedido contido na inicial, porque a lei não a prevê no caso de exibição de documentos (AC 502.232-0/Belo Horizonte, 17ª Câmara Cível/TJMG, Rel. Des. Luciano Pinto, *DJ* de 04.08.2005).

Nessa esteira, entendo que não assiste razão ao apelante adesivo em pleitear a aplicação da multa.

Isso posto, rejeito a preliminar de nulidade de sentença argüida pela seguradora, nego provimento à apelação principal e nego provimento à apelação adesiva, para manter integralmente a sentença recorrida.

Custas recursais, pelos apelantes.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Irmar Ferreira Campos* e *Lucas Pereira*.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

**RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - ATO ILÍCITO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - PREPOSTO - CULPA - PESSOA JURÍDICA - SEGURO - DANOS PESSOAIS - VEÍCULO - TRANSFERÊNCIA - APÓLICE - AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO - AGRAVAMENTO DO RISCO - NÃO-OCORRÊNCIA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - SEGURADORA - VALOR - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO**

**Ementa: Seguro facultativo. Veículo. Transferência. Apólice. Vedação. Ausência. Direito de indenização. Danos pessoais. Abrangência. Danos morais. Responsabilidade civil. Art. 186, Código Civil. Dano moral. Ocorrência. Fixação do *quantum*. Princípios aplicáveis.**

**- Nos contratos de seguro, não havendo expressa vedação contratual concernente à transferência do veículo segurado, o direito à indenização transmite-se ao adquirente, nos termos do art. 1.463 do Código Civil de 1916, ainda que o segurado não tenha comunicado à seguradora, cabendo a esta a prova do agravamento do risco.**

**- Em contrato de seguro em que a apólice prevê cobertura por danos pessoais, compreendem-se nesta expressão os danos morais. Precedentes do STJ.**

**- Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, *ut* art. 186, Código Civil.**

**- Reconhecidos a prática de ato ilícito, a efetivação do dano e o nexo de causalidade, cabível é a indenização por danos morais, que deve ser fixada com adstrição aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e à teoria do desestímulo.**

APELAÇÃO CÍVEL N° 2.0000.00.514966-2/000 - Comarca de Paraopeba - Apelantes: 1º) Pontal de Minas Agropecuária Ltda., 2º) Pedro dos Reis Moura Magalhães, Universal Cia. de Seguros Gerais, integrante do Grupo Finasa Seguradora S.A. - Apelados: Selmo Aparecido de Souza, Guilherme Félix de Souza, Selma Aparecida de Souza, Déborah Roberta de Souza, Rogério Ribeiro de Souza, Osmar de Souza, Júlio Campos de Souza, Sílvia Cristina de Souza, Danielle de Fátima Souza, Fabrício Carlos de Souza, Cláudia Ribeiro Souza, Rafaela Tamires de Souza, Patrícia Ribeiro de Souza, Maria Aparecida Teixeira de Souza, Dayane Roberta Souza, Denilson Robinson Pereira de Souza Júnior - Relator: Des. MOTA E SILVA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª 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. NEGAR PROVIMENTO À PRIMEIRA E SEGUNDA APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 13 de julho de 2006. - *Mota e Silva* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Produziu sustentação oral, pelos primeiros apelantes, o Dr. Juliano Heitor Cabral.

*O Sr. Des. Mota e Silva* - Ação de reparação de danos ajuizada por Selmo Aparecido de Souza, Guilherme Félix de Souza, Selma Aparecida de Souza, Déborah Roberta de Souza, Rogério Ribeiro de Souza, Osmar de Souza, Júlio Campos de Souza, Sílvia Cristina de Souza, Danielle de Fátima Souza, Fabrício Carlos de Souza, Cláudia Ribeiro Souza, Rafaela Tamires de Souza, Patrícia Ribeiro de Souza, Maria Aparecida Teixeira de Souza, Dayane Roberta Souza e Denilson Robinson Pereira de Souza Júnior, contra Pedro dos Reis de Moura Magalhães, Ponta de Minas Agropecuária Ltda. e Finasa S.A.

Na inicial de f. 02/12, aduziram os autores que, em virtude de acidente de trânsito ocorrido em 26.10.1995, por volta das 21h, na altura do Km 462, da BR-040, zona rural do Município de Sete Lagoas-MG, faleceram Ivanilde Félix Pereira de Souza (mãe dos 1º e 2º autores), Milton Campos de Souza e Maria de Fátima Ribeiro Souza (pais do 3º ao 13º autor), Milton César de Souza (irmão do 3º ao 13º autor) e Denilson Robinson Pereira de Souza (marido da 14ª autora e pai do 15º e 16º autores). Afirmaram que a culpa pelo acidente ocorrido fora do réu Pedro dos Reis de Moura Magalhães, que estava a serviço da ré Pontal de Minas Agropecuária Ltda., cujo veículo estava segurado pela ré Finasa S.A. Reportando-se à legislação e à jurisprudência, pediram a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

A ré Pontal de Minas Agropecuária Ltda. apresentou contestação de f. 72/101, argüindo preliminar de ilegitimidade ativa dos autores Maria Aparecida Teixeira de Souza, Dayane Roberta Souza e Denilson Robinson Pereira de Souza Júnior, ao argumento de que quem

falecera no acidente fora Denilson Robinson Pereira da Silva, e não Denilson Robinson Pereira de Souza. No mérito, asseverou que o condutor de seu veículo, 1º réu, não agiu com culpa, atribuindo às vítimas a culpa exclusiva pelo acidente ocorrido. No mais, refutou os argumentos dos autores. Reportando-se à legislação, à doutrina e à jurisprudência, pediu a improcedência do pedido.

A ré Pontal de Minas Agropecuária Ltda. apresentou, ainda, denunciação da lide, de f. 143/152, de Universal Cia. de Seguros Gerais, integrante do Grupo Finasa Seguradora S.A.

O réu Pedro dos Reis de Moura Magalhães apresentou contestação, de f. 106/136, argüindo a mesma preliminar suscitada pela ré Pontal e, no mérito, refutou os argumentos dos autores. Ao final, pediu a improcedência do pedido.

A ré Finasa Seguradora S.A. apresentou contestação de f. 231/235, argüindo preliminar de carência da ação e preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, afirmou que sua responsabilidade é limitada ao valor estipulado na apólice.

A denunciada à lide Universal Companhia de Seguros Gerais apresentou contestação de f. 236/245, argüindo preliminar de carência de ação e preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, afirmou que houve a transferência da posse e da propriedade do bem segurado, que não fora comunicada à seguradora, fazendo com que o segurado perdesse seu direito à indenização. Asseverou que sua obrigação é de reembolso. Alegaram que os autores não provaram os danos materiais. Assegura que a apólice firmada não ampara danos estéticos ou morais. Reportando-se à jurisprudência, pediu o acolhimento das preliminares e, caso ultrapassadas, improcedência do pedido.

O Ministério Público apresentou parecer final de f. 488/492, opinando pela procedência parcial dos pedidos contidos na inicial.

Por decisão de f. 265, o MM. Juiz *a quo* julgou extinto o processo em relação à ré Finasa S.A.

Saneado (f. 293/296) e instruído o feito, a MM. Juíza *a qua* proferiu sentença, de f. 500/514 e 554/555, julgando parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial, condenando os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização a título de danos morais, nos seguintes termos: aos autores Selmo e Guilherme, o equivalente a 70 salários mínimos para cada um, vigentes à época do falecimento de Ivanilde Félix Pereira de Souza; aos autores Selma, Déborah, Rogério, Osmar, Júlio, Sílvia, Danielle, Fabrício, Cláudia, Rafaela e Patrícia, o equivalente a 70 salários mínimos para cada um, vigentes à época do falecimento de sua mãe, Maria de Fátima Ribeiro Souza, e mais 70 salários mínimos para cada um, vigentes à época do falecimento de seu irmão Milton César de Souza; aos autores Maria Aparecida, Dayane e Denilson Júnior, o equivalente a 70 salários mínimos vigentes à época do óbito de Denilson Robinson Pereira de Souza, respectivamente, marido e pai. Determinou a MM. Juíza sentenciante que os valores fossem corrigidos monetariamente pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, contados do evento danoso. Condenou os réus ao pagamento de 80% das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Quanto à lide secundária, a MM. *Juíza a qua* julgou procedente a denunciação à lide de Universal Cia. de Seguros Gerais, condenando-a a ressarcir os danos causados em face da condenação imposta à ré Pontal de Minas Agropecuária Ltda.

Inconformados, os réus Pontal de Minas Agropecuária Ltda. e Pedro dos Reis Moura Magalhães aviaram recurso de apelação de f. 529/551, reiterando os argumentos de mérito apresentados nas contestações. Reportaram-se às provas produzidas nos autos e refutaram o valor da condenação por danos morais imposta.

Afirmam que, no julgamento da lide secundária, são devidos os honorários advocatícios.

Também inconformada, a denunciada à lide, Universal Cia. de Seguros Gerais, aviou recurso de apelação de f. 556/562, pedindo, preliminarmente, o conhecimento do agravo retido aviado. No mérito, afirma que não há cobertura securitária para danos morais, os quais são expressamente excluídos nas condições gerais da apólice. Alega que o valor do dano moral fixado na sentença é excessivo. Ao final, pediu provimento do recurso.

Contra-razões foram apresentadas às f. 563/568.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou às f. 579/588, opinando pelo conhecimento e improvimento dos recursos.

É o relatório. Passo a decidir.

Em suas razões recursais, pediu a apelante Universal Cia. de Seguros Gerais o conhecimento do agravo retido de f. 301/305 contra decisão proferida pelo MM. Juiz *a quo*, às f. 293/296, que rejeitou a preliminar de carência da ação.

Em suas razões de agravo, afirma a agravante que não firmou nenhum contrato de seguro com a Pontal de Minas Agropecuária Ltda. e que não fora comunicada de nenhuma transferência de seguro.

Sem razão a agravante.

Por não constar na apólice vedação quanto à transferência de titularidade do veículo segurado, a transmissão se opera de pleno direito, nos exatos termos do art. 1.463, parágrafo único, *in fine*, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, *in verbis*:

> Art. 1.463. O direito à indenização pode ser transmitido a terceiro como acessório da propriedade, ou de direito real sobre a coisa segura.
> Parágrafo único. Opera-se essa transmissão de pleno direito quanto à coisa hipotecada, ou penhorada, e, fora desses casos, quando a apólice o não vedar.

Wilson Bussada, ao comentar o dispositivo legal supramencionado, leciona que: "em linha de princípio, cabe à seguradora o direito de ser informada dessa transferência, pois, desde que exista razão suficiente, pode opor-se a ela".

Todavia, adverte:

> Se não for comunicada e não indicando qualquer dado que torne a oposição razoável, ou melhor, tratando-se de mera possibilidade de recusa, não pode a seguradora se eximir de sua obrigação, sendo devida a indenização (*Código Civil Brasileiro Interpretado pelos Tribunais*, art. 1.463, p. 262-263).

No mesmo sentido é a doutrina de Serpa Lopes, no livro *Curso de Direito Civil*, 3. ed., Liv. Freitas Bastos S.A., 1964, v. 4, nº 691, p. 392:

> o contrato de seguros de prejuízo se transmite de pleno direito, ativa ou passivamente, não só aos herdeiros como ao adquirente da coisa segurada.
> (...)
> Trata-se mesmo de uma disposição de caráter imperativo, por força da qual o contrato de seguros passou a ser reputado um elemento acessório da propriedade, em razão do que acompanha a sua transferência, princípio esse que prepondera em várias legislações.

Ressalte-se que a mera possibilidade de recusa não pode eximir a seguradora de sua obrigação, sendo certo que, no caso dos autos, não considero tenham havido alterações no próprio veículo e na sua destinação, ao ponto de aumentar o risco do seguro, considerando-se que o veículo continua a ser utilizado para os mesmos fins.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Na hipótese de alienação de veículo segurado, não restando demonstrado o agravamento do risco, a seguradora é responsável perante o adquirente pelo pagamento da indenização devida por força do contrato de seguro (AgRg no REsp 302.662/PR, Rel.ª

> Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 22.05.2001, *DJ* de 25.06.2001, p. 174).
>
> Civil. Seguro facultativo. Transferência de veículo. Ausência de comunicação à seguradora. - A só e só transferência de titularidade do veículo segurado sem comunicação à seguradora não constitui agravamento do risco. Na hipótese, como retratado pela decisão recorrida, não houve má-fé por parte do anterior e do atual proprietário do veículo no que seja atinente à sua transferência, não tendo havido, objetivamente, ofensa aos termos do contrato, pois ausente qualquer comprovação de que a transferência se fizera para uma pessoa inabilitada, seja técnica ou moralmente. Descabe a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538/CPC, se não há, como no caso, intenção protelatória. Recurso conhecido e parcialmente provido (REsp 188.694/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. em 18.04.2000, *DJ* de 12.06.2000, p. 114).

Por fim, tem-se que a cisão da contratante do seguro, Atasa Participações Empreendimentos S.A., originando a empresa Pontal de Minas Agropecuária Ltda., bem como a transferência do veículo que fora sinistrado para o patrimônio desta restam inequivocamente demonstradas nos autos, conforme documentos juntados às f. 186/229.

Com efeito, nego provimento ao agravo retido.

*O Sr. Des. Maurílio Gabriel* - De acordo com o eminente Relator.

*O Sr. Des. José Affonso da Costa Côrtes* - Após análise dos autos, estou acompanhando os votos precedentes.

*O Sr. Des. Mota e Silva* - Passo a analisar o mérito.

No direito privado, a responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar, advém do ato ilícito, resultante da violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular, exigindo o pedido indenizatório a caracterização da responsabilidade aquiliana, que não prescinde da prova da ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente, além do nexo causal entre o comportamento danoso e a lesão que resultará, características estas que se assentam na teoria subjetiva ou da culpa.

É o que se extrai do art. 186 do Código Civil/2002:

> Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Maria Helena Diniz, in *Novo Código Civil Comentado*, Saraiva, p. 184, analisando referido dispositivo legal, leciona:

> Ato ilícito: O ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano patrimonial ou moral a outrem, criando o dever de repará-lo (STJ, Súmula 37). Logo, produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei.
> Elementos essenciais: para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.
> Conseqüência do ato ilícito: A obrigação de indenizar é a conseqüência jurídica do ato ilícito (CC, arts. 927 a 954), sendo que a atualização monetária incidirá sobre essa dívida a partir da data do ilícito (Súmula 43 do STJ).

Ao exame dos autos, verifica-se que fora realizada perícia técnica pelo Instituto de Criminalística da Secretaria de Estado da Segurança Pública de Minas Gerais, juntada às f. 38/62, tendo os peritos concluído, à f. 43, que a causa determinante do acidente ocorrido fora a imprudência do condutor da terceira unidade automotora (caminhão), por não ter mantido seu veículo dentro de sua mão de direção, invadindo a mão de direção do veículo 01 (VW Brasília), e/ou por estar a desatento às condições do tráfego à sua frente.

A conclusão a que chegaram os peritos é ratificada pelo croqui juntado à f. 44, que demonstra que o ponto de impacto fora na contramão direcional do veículo 03, que se trata do caminhão conduzido pelo 1º réu, sendo que o croqui é confirmado pelas fotos juntadas às f. 45/62.

Com efeito, tem-se por confirmada a culpa do 1º réu pelo acidente ocorrido. Caracterizada a culpa do 1º réu, a responsabilidade da 2ª ré, Pontal de Minas Agropecuária Ltda., é imposta pelo art. 1.521, inc. III, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, *in verbis*:

> Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:
> (...)
> III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522).

Nesse sentido, é a Súmula nº 341 do Supremo Tribunal Federal: "Súmula 341 - STF. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto".

Demonstrada a culpa dos réus, tem-se que o nexo de causalidade entre a conduta culposa do 1º réu e o dano moral causado aos autores, em virtude da morte de Ivanilde Félix Pereira de Souza (mãe dos 1º e 2º autores), Milton Campos de Souza e Maria de Fátima Ribeiro Souza (pais do 3º ao 13º autor), Milton César de Souza (irmão do 3º ao 13º autor) e Denilson Robinson Pereira de Souza (marido da 14ª autora e pai do 15º e 16º autores), é evidente, não merecendo qualquer delonga.

É que a perda abrupta de entes queridos, como pai, mãe, irmão etc., gera danos de ordem moral, os quais prescindem de prova, visto que a sua existência se estratifica no abalo psicológico de patamar imensurável por quem não vivenciara a perda, sendo presumível *ipso facto* e inexorável sua repercussão psicológica.

Quanto à valoração do dano, compete ao julgador arbitrar a indenização com adstrição aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e à teoria do desestímulo, mas a indenização não deve causar enriquecimento sem causa. Em meu entendimento, o valor fixado na sentença obedece aos princípios ora informados, não havendo o que se alterar.

Resta, por fim, analisar a responsabilidade da litisdenunciada, Universal Cia. de Seguros Gerais, verificando-se na apólice contratada se há ou não cobertura securitária para danos morais.

Pelo documento juntado às f. 395/396, verifica-se que fora contratado seguro de responsabilidade civil, abrangendo danos materiais e danos pessoais.

Em meu entendimento, no conceito de dano pessoal, ou seja, dano causado à pessoa, incluem-se, necessariamente, os prejuízos de natureza patrimonial e extrapatrimonial ou moral. Ademais, a alegação da seguradora de que o dano moral está expressamente excluído da cobertura securitária, nos termos das Condições Gerais da Apólice, não restou provado nos autos, pois o documento juntado à f. 184 - Condições Gerais de Seguro - não contém cláusula que exclua a cobertura do dano moral.

Nesse sentido, pacífico é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Seguro. Danos morais. Exclusão pretendida pela seguradora por não se encontrar o dano moral abrangido pelo dano de natureza pessoal. Honorários de advogado. Multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. - O contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral. Precedentes. (...) Recurso especial da denunciante conhecido e provido; recurso especial da denunciada conhecido parcialmente e, em parte, provido (REsp 209.531/MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 06.04.2004, *DJ* de 14.06.2004, p. 222).

> Civil. Seguro. Apólice. Danos pessoais. Abrangência. Danos morais.
> - 1 - Em contrato de seguro em que a apólice prevê cobertura por danos pessoais, compreendem-se nesta expressão os danos morais. Precedentes desta Corte.

- 2 - Recurso especial não conhecido (REsp 131.804/PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. em 02.03.2004, *DJ* de 15.03.2004, p. 274).

Pelo exposto, considerando tudo quanto foi visto, nego provimento ao 1º e 2º recursos, mantendo-se inalterada a respeitável sentença hostilizada.

Custas recursais, pelos apelantes.

*O Sr. Des. Maurílio Gabriel* - De acordo com o eminente Relator.

*O Sr. Des. José Affonso da Costa Côrtes* - De acordo com o eminente Relator.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. NEGARAM PROVIMENTO À PRIMEIRA E SEGUNDA APELAÇÕES.

-:::-

**INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - TRANSAÇÃO PENAL - DESCUMPRIMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - CONVERSÃO - ILEGALIDADE - DEVIDO PROCESSO LEGAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - ARTS. 60 E 76 DA LEI 9.099/95 - ART. 82 DA LEI DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - ART. 98, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**Ementa: Conflito negativo de competência. Art. 98, I, da Constituição Federal, c/c os arts. 60 da Lei nº 9.099/95 e 82 da Lei de Organização Judiciária Estadual. Transação penal. Descumprimento. Conversão da prestação de serviços em prisão. Ilegalidade.**

**- Como a natureza da transação prevista no art. 76 da Lei 9.099/95 não pode ser comparada a uma condenação, compete aos Juizados Especiais Criminais a fiscalização do cumprimento das condições nela estabelecidas, como prevê o art. 60 da mesma lei de regência, c/c o art. 82 da LOJ/MG, cabendo-lhes também promover a desenvoltura do processo, em atenção à regra do art. 98, I, da Constituição Federal.**

**- O descumprimento de benefício estabelecido em transação penal não converterá automaticamente a prestação de serviços em pena carcerária.**

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO N° 1.0000.05.427377-6/000 - Comarca de Lavras - Suscitante: J. D. da V. Cr. da Inf. e Juv. da Comarca de Lavras - Suscitado: J. D. do Juizado Especial Criminal da Comarca de Lavras - Relator: Des. WILLIAM SILVESTRINI

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO E, EM *HABEAS CORPUS,* DE OFÍCIO, ANULAR A DECISÃO QUE CONVERTEU EM PRISÃO O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Belo Horizonte, 29 de março de 2006. - *William Silvestrini* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. William Silvestrini* - Após TCO e BO, o Ministério Público propôs a aplicação imediata da pena de prestação de serviços ao acusado Carlos Magno Gomes Severo da prática do delito previsto nos arts. 305 e 309 do Código Penal brasileiro.

Proposta aceita e homologada, o autor do delito descumpriu a sua obrigação, ao que foi prolatada a decisão convertendo o benefício em pena privativa de liberdade pelo período de 2 (dois) meses e 21 (vinte e um dias), expedindo-se mandado de prisão.

Depois de provocação do Ministério Público, o Juiz suscitado declinou de sua competência para a Juíza suscitante, a qual suscitou o presente conflito.

Esse, resumidamente, é o relatório.

Conheço do conflito, nos termos dos arts. 114 e 115 do Código de Processo Penal.

É certo que o Ministério Público e o autor celebraram transação penal - regularmente homologada - descumprida esta última, sem justificativa, ao que o Juiz suscitado converteu o benefício em prisão, declinando de sua competência à

Juíza suscitante, sendo esse o fato motivador do conflito negativo, cumprindo-nos aferir o Juízo competente.

A *vexata quaestio* resolve-se pela hermenêutica - em conjunto - dos arts. 60 e 86 da Lei 9.099/95, c/c o disposto no art. 82 da Lei Complementar nº 59/01 (Lei de Organização e Divisão Judiciárias de nosso Estado).

Tratando-se da competência dos Juizados Especiais Criminais, o art. 60 da Lei nº 9.099/95 prescreve:

> Art. 60 - O Juizado Especial Criminal, provido por Juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo.

Interpretando literal e isoladamente o aludido texto legal, chega-se à conclusão de que todas as questões relacionadas às infrações de menor potencial ofensivo sejam resolvidas no âmbito do próprio Juizado.

Entretanto, a amplitude da competência do Órgão Jurisdicional Especializado está limitada pelo art. 86 da mesma lei de regência:

> Art. 86 - A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

Entre nós, disciplinando a matéria, a competência dos Juizados Especiais foi definida pelo art. 98, I, de nossa Carta Magna, reproduzido pelo art. 82 da LC/MG nº 59/01, *verbis*:

> Art. 82 - Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, compostos por Juízes togados e leigos, e, ainda, por conciliadores, têm competência para o processamento, a conciliação, o julgamento e a execução, por título judicial ou extrajudicial, das causas cíveis de menor complexidade, e das infrações de reduzido potencial ofensivo definidas na Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Quando do Conflito de Competência nº 372.555-5, nosso il. Colega Des. Antônio Armando dos Anjos, então Juiz do extinto TAMG, brinda-nos com a seguinte exegese:

> Percebe-se, pois, que, diferentemente da Lei Federal dos Juizados Especiais, a Lei Complementar Estadual não fez qualquer ressalva à competência ampla do Órgão Especializado para a execução das medidas restritivas de direitos ou privativas de liberdade derivadas de suas decisões. Ora, onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete fazê-lo. Ademais, analisando o art. 61 da LC/MG nº 59/01, que trata da competência dos Juízes das Varas de Execuções Criminais, verifica-se que em nenhum momento há atribuição de competência ao órgão da justiça comum para a fiscalização de medidas restritivas de direitos impostas pelo Juizado Especial. Não bastasse isso, às Varas de Execuções Criminais cabe, tão-somente, cuidar dos incidentes derivados da condenação, o que não ocorre em sede de transação penal, onde nem sequer há peça de acusação. Sendo assim, compete aos Juizados Especiais Criminais fiscalizar o cumprimento das condições estabelecidas para a suspensão do processo, aceitas pelo réu e nele homologadas. Da mesma forma, compete aos Juizados Especiais Criminais, nos termos da Lei nº 9.099/95, promover o prosseguimento do processo no Juízo que homologou a transação, quando esta não for cumprida em seus termos.

Na ocasião, a questão restou assim ementada:

> Ementa: Conflito de competência. Lei nº 9.099/95. Transação. Prestação de serviços à comunidade. Descumprimento. Prosseguimento do processo. Compete aos Juizados Especiais Criminais fiscalizar o cumprimento das condições estabelecidas para a suspensão do processo, aceitas pelo réu e nele homologadas. Da mesma forma, compete aos Juizados Especiais Criminais, nos termos da Lei nº 9.099/95, promover o prosseguimento do processo no Juízo que homologou a transação, quando esta não for cumprida em seus termos (TAMG, 2ª Câmara Criminal - CC nº 372.555-5 - Juízes Antônio Armando dos Anjos, Relator; Erony da Silva, 1º Vogal; Alexandre Victor de Carvalho, 2º Vogal; j. em 22.10.02).

No mesmo sentido, a seguinte decisão colegiada:

> O Juizado Especial Criminal é o competente para a execução das penalidades por ele impostas, tendo em vista o que dispõe o art. 60 da Lei 9.099/95 e a Lei de Organização Judiciária de Minas Gerais, em seu art. 82 (TAMG - 2ª Câmara Mista - CC 465.730-9 - Comarca de São João del-Rei - Rel.ª Juíza Maria Celeste Porto, unânime).

Ainda recentemente, com a Relatoria do em. Colega Des. Ediwal José de Morais, esta 4ª Câmara Criminal decidiu do mesmo modo:

> Ementa: Conflito negativo de competência. Transação penal. Ausência de título condenatório. Competência do juízo de conhecimento. A transação prevista no art. 76 da Lei 9.099/95 não tem natureza de condenação, estando ausentes para tanto os princípios do contraditório e da ampla defesa, diretrizes inerentes à ação criminal, cumprindo ao juízo de conhecimento examinar as conseqüências do descumprimento do acordo realizado (CC nº 2.0000.00.506104-7/000, j. em 21.09.05).

Corolário, reposicionando-me (cf. CC nº 475.335-7, quando defini em sentido contrário, mas na ótima companhia de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, *Juizados Especiais Criminais*, São Paulo: RT, 2002, p. 207; de Fernando da Costa Tourinho Filho, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 144; e de Julio Fabbrini Mirabete, Juizados Especiais Criminais: A Competência dos Juizados Especiais Criminais, publicado na *RJ* nº 222, abril/1996, p. 144), procedem as ponderações da il. Juíza suscitante.

> Definida a questão da competência, de ofício, analiso a conversão do benefício da prestação de serviços em prisão, como o fez o il. Juiz suscitado, tendo-a como ilegal, *d.v*.
>
> É que a transação penal não pode ser equiparada a uma condenação, pois não lhe são inerentes os princípios da ampla defesa e do contraditório, tratando-se de simples ajuste que prescinde de regular instrução. Entender a possibilidade de sua execução imediata como pena configuraria um exame antecipado da culpabilidade, já que, para a sua confecção, basta o atendimento dos requisitos legais e a aquiescência do réu. Nesta fase do processo, não se sabe, por exemplo, se agiu o agente com dolo, o que poderia implicar, em caso de negativa, a própria exclusão da tipicidade da conduta (voto do Des. Ediwal José de Morais, CC nº 2.0000.00.506104-7/000 desta 4ª Câmara Criminal, j. em 21.09.05).

E mais:

> Não tendo a decisão homologatória de transação penal natureza de sentença condenatória de mérito, o posterior descumprimento do benefício transacional não tem o poder de, automaticamente, converter-se em pena privativa de liberdade, ante a ausência do devido processo legal, imprescindível para os fins pretendidos pelo il. *Parquet*, a teor do disposto no inciso LIV do art. 5º da CR/88. - Correição desprovida (Conselho da Magistratura deste TJMG - unânime - Correição Parcial nº 1.0000.05.417115-2/000(1) - Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves - j. em 05.09.05 - pub. em 23.09.05).

No mesmo sentido a Correição Parcial nº 1.0000.03.404042-8/000(1), relatada pela Des. Márcia Milanez, j. em 04.10.04, pub. em 10.10.04:

Registro ainda que a transação não pode "gerar nenhum dos efeitos da sentença condenatória" (Alberto Silva Franco *et al. Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2001, p. 1.888), pois não se trata de decisão que atende aos requisitos constitucionais exigidos para o lançamento da pena.

Na verdade, há mera declaração acerca do que restou avençado:

> Lei 9.099/95. Transação penal. Consideração da sentença que a homologa como de natureza condenatória. Impossibilidade. - A sentença de que cuida o § 4º do art. 76 da Lei 9.099/95 não é de natureza condenatória, pois, embora importando na aplicação de sanção pecuniária ou restritiva de direitos, não se pode equiparar ao juízo de procedência da ação penal, que nem sequer existe, pela ausência de acusação formal e tampouco de instauração do contraditório (TACrimSP - Ap. Crim. 1.015.151 - Rel. Des. Aroldo Viotti - *in* Alberto Silva Franco *et al.*

*Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2001, p. 1.903).

Inexistindo o devido processo legal, a sentença que aplica a pena restritiva de direitos ou multa baseando-se no art. 76 da Lei 9.099/95 não tem caráter condenatório nem absolutório, mas simplesmente homologatório da transação penal, não gerando reincidência, registro criminal ou responsabilidade civil. Não sendo a sentença penal condenatória, inaplicável é a Lei de Execuções Penais (TAMG, 2ª Câmara Mista, CC nº 367.830-0, Rel. Juiz Alexandre Victor de Carvalho).

Com essas considerações, declaro o Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal da Comarca de Lavras, ora suscitado, como competente para as diligências que se fizerem necessárias à apuração do fato delituoso objeto do TCO.

Entretanto, de ofício, como *habeas corpus*, revogo a r. decisão que converteu em prisão o benefício da prestação de serviços, determinando o imediato recolhimento do mandado de prisão.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Walter Pinto da Rocha* e *Delmival de Almeida Campos*.

*Súmula* - DECLARARAM A COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO E, EM *HABEAS CORPUS,* DE OFÍCIO, ANULARAM A DECISÃO QUE CONVERTEU EM PRISÃO O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

-:::-

## CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA - GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO - NORMA PENAL EM BRANCO - ANP - PORTARIA - ATO ADMINISTRATIVO - TIPICIDADE - DENÚNCIA - REQUISITOS - ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

**Ementa: Recurso em sentido estrito. Crime contra a ordem econômica. Denúncia que atende a seus requisitos legais. Norma penal em branco. Delito bem descrito. Ação penal mantida.**

**- Tendo a denúncia preenchido os requisitos legais, impõe-se o seu recebimento.**

**- A norma penal em branco não exige a complementação mediante lei formal, podendo-se dar por normas administrativas infralegais, vigentes à época dos fatos.**

**- Não se pode falar em exclusão de conduta incriminadora, apontada na denúncia, em razão da modificação de normas administrativas que complementam a lei penal em branco.**

**Recurso provido.**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N° 1.0183.04.066860-4/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Décio Souza Albuquerque - Relator: Des. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2006. - *Ediwal José de Morais* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Ediwal José de Morais* - Trata-se de recurso em sentido estrito aviado pelo

Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor de Décio Souza Albuquerque, réu acusado de praticar crime contra a ordem econômica, delito que se apura na Comarca de Conselheiro Lafaiete, neste Estado.

O recurso combate a decisão de f. 66/68, lançada pelo culto Magistrado primevo e que rejeitou a peça de ingresso, entendendo o Julgador não atender a denúncia aos requisitos legais, por não vislumbrar a existência de uma conduta criminosa.

Requer o *Parquet*, conforme fundamentos de f. 70/76, que a denúncia seja recebida e instaurada a ação penal respectiva.

O recurso deve ser conhecido, estando atendidos os seus pressupostos de admissão.

Não há falar, neste momento, que a conduta em detrimento da ordem econômica atribuída ao réu é atípica, dependendo a análise da questão de provas a serem colhidas no decorrer da instrução criminal, sem que se possa, de antemão, afastar a imputação direcionada ao requerido.

A acusação narra, além do delito em desfavor da economia popular, o descumprimento de normas referentes a armazenamento de líquido e materiais necessários para teste de vazamento de GLP e obrigatoriedade de manter no local balança para a pesagem de botijões, ligando-se a esquiva apresentada, ou seja, a devida observância dos preceitos legais, aos elementos fáticos a serem produzidos na ação penal principal.

A denúncia descreve de forma genérica, repetindo os dizeres da norma incriminadora, a revenda de GLP em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei.

Não haveria violação, em razão da descrição da norma genérica do tipo, somente do enunciado do art. 6º, II, *d*, da Portaria nº 27/96 do DNC, mas de outros dispositivos regulamentares aplicáveis e que fazem parte do procedimento administrativo que acompanha a acusação.

De fato, além da violação do mencionado dispositivo, uma vez que o feito administrativo demonstra a falta de balança para pesagem de botijões e comercialização de produto adquirido de outras revendas, mencionam-se outras omissões passíveis de caracterização, ao menos em tese, do delito apontado na acusação.

Com efeito, a fiscalização menciona a inobservância de regulamentos outros, fazendo expressa menção à legislação específica, tudo podendo se subsumir à capitulação aberta que ora quer a defesa extirpar, não se podendo preterir que os autos produzidos pelos fiscais integram e complementam a peça de acusação ofertada.

Existe a caracterização (em tese, frise-se) do delito previsto no art. 1º, I, da Lei 8.176/91, dependendo a confirmação do cumprimento ou não das exigências legais, referentes à fiscalização dos produtos comercializados pelo requerido, de contexto probatório a ser coletado no curso da instrução.

O que há, até então, é a atribuição de responsabilidade penal em virtude de comportamento que se subsume hipoteticamente a tipo penal incriminador, não ficando afastada, de plano, a caracterização do crime em comento.

A alegada atipicidade não pode ser reconhecida, no caso presente, sem exame do próprio mérito, exigindo-se análise das provas que nem sequer foram realizadas na sua integralidade (o processo se encontra em sua fase inicial) para se delimitar a conduta do réu.

Tratando-se de crime baseado em norma penal em branco, entende-se estar ela devidamente instruída com as peças do inquérito que delineiam quais seriam as regras descumpridas pelo recorrido no exercício de sua atividade comercial.

É de se considerar, ainda, que as normas aplicáveis à espécie na época dos fatos, embora tenha sido extinto o órgão regulador (DNC), foram devidamente reproduzidas pela agência competente sucessora (ANP), podendo-se ver, ademais, que, ao tempo da infração, aquelas

ainda possuíam vigência e não podem ser desprezadas em razão de uma simples mudança do agente responsável pela criação, implantação e fiscalização dos dispositivos que regulamentam o setor.

Conforme bem salientado pelo douto Procurador de Justiça, em seu parecer, as infrações penais apontadas na denúncia se mantêm incriminadoras mesmo em razão da entrada em vigor do regulamento sucessor (Portaria ANP 297/2003), visto que nele não há exclusão de condutas delituosas anteriormente previstas, tampouco atenuantes e minorantes destas.

Não existem, então, vícios na denúncia a ponto de ser maculada fundamentalmente, não se devendo proceder à rejeição da denúncia em relação ao crime ali narrado.

A denúncia, repita-se, atende aos critérios do art. 41 do CPP, principalmente em razão do procedimento administrativo que a acompanha e a integra, complementando-a.

Repare-se que, muitas vezes, a complementação da norma incriminadora se dá em virtude de regulamentos de natureza diferente da penal.

Assim, constatando-se que o procedimento administrativo que deu ensejo ao presente feito criminal acompanha a acusação que paira contra o requerido, corrobora-se o entendimento da ausência de prejuízo em desfavor do réu (art. 563, CPP).

Também aqui ilustramos a questão com precedente pretoriano em caso semelhante:

> O art. 1º, I, da Lei 8.176/91, ao proibir o comércio de combustíveis 'em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei', é norma penal em branco em sentido estrito, porque não exige a complementação mediante lei formal, podendo sê-lo por normas administrativas infralegais, estas, sim, estabelecidas 'na forma da lei' (STJ - *LEX-STJ* 146/299; *RSTJ* 162/428).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso em sentido estrito para receber a denúncia de f. 02/03, determinando a baixa dos autos à comarca de origem para processamento regular da ação penal.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *William Silvestrini* e *Walter Pinto da Rocha*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**ROUBO QUALIFICADO - CONCURSO DE PESSOAS - ARMA DE BRINQUEDO - GRAVE AMEAÇA - FURTO - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - POSSE DA *RES* - CRIME CONSUMADO - FIXAÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - AGRAVANTE - REINCIDÊNCIA - REGIME INICIAL FECHADO - PENA DE MULTA - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

**Ementa: Roubo. Desclassificação para furto. Impossibilidade. Grave ameaça exercida com réplica de arma de fogo. Tentativa. Inocorrência. Inversão da posse da *res furtiva.* Crime consumado. Pena superior a quatro anos. Reincidência. Regime fechado. Multa. Proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.**

**- Se o crime é cometido com uso de réplica de arma de fogo, intimidando-se a vítima, restou configurada a grave ameaça exigida pelo tipo penal do crime de roubo, sendo impossível se falar em desclassificação para furto.**

**- Basta a inversão da posse da *res furtiva* para que ocorra a consumação do crime de roubo, pouco importando se o agente teve ou não a posse pacífica do objeto alheio.**

**- Se a pena aplicada ao acusado é superior a quatro anos, sendo ele reincidente, o regime de cumprimento de pena deverá ser o fechado.**

**- A pena de multa deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.**

**Recurso parcialmente provido.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.0000.00.515164-2/000 - Comarca de Contagem - Relatora: Des.ª MARIA CELESTE PORTO

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 2.0000.00.515164-2/000, da Comarca de Contagem, sendo apelante Lúcio Flávio Rodrigues Vieira e apelado Ministério Público do Estado de Minas Gerais, acorda, em Turma, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Presidiu o julgamento a Desembargadora Maria Celeste Porto (Relatora), e dele participaram os Desembargadores Antônio Armando dos Anjos (1º Vogal) e Vieira de Brito (2º Vogal).

O voto proferido pela Desembargadora Relatora foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 10 de janeiro de 2006. - *Maria Celeste Porto* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Sr.ª Des.ª Maria Celeste Porto* - Trata-se de recurso interposto por Lúcio Flávio Rodrigues Vieira contra a r. decisão primeva que o condenou no art. 157, § 2°, II, do CP, às penas de seis anos de reclusão, em regime fechado, e 80 dias-multa, no valor mínimo legal (f. 195/200-TJ).

Inconformado, recorre o acusado, aduzindo, em suas razões de f. 223/226-TJ, que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, devendo ser desclassificado para furto; que não houve consumação do delito, devendo ser reconhecida a tentativa, e, ainda, que o regime de cumprimento da pena seja o semi-aberto.

Em contra-razões, o Ministério Público se manifestou pelo improvimento do apelo (f. 227/231-TJ).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (f. 238/246-TJ).

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Segundo a denúncia de f. 02/03-TJ, no dia 21.12.04, o acusado, agindo em conluio com o co-réu Isaías, com unidade de desígnios, subtraiu mediante grave ameaça, consistente na simulação de uso de arma de fogo, um veículo Fiat/Siena Fire, placa HCL-2315, e a quantia de R$ 21,00, de propriedade da vítima Walter Andronico, restringindo a liberdade desta, já que fora mantida em poder dos acusados.

A autoria e a materialidade restam induvidosas nos autos, pois o apelante confessou a prática do crime, salientando que agiu em conluio com Isaías, negando, todavia, que tenha usado uma réplica de arma de fogo, f. 130-TJ. No mesmo sentido as declarações do co-réu, f. 128-TJ.

A materialidade está demonstrada pelo auto de apreensão do veículo, f. 52-TJ, bem como da réplica da arma utilizada, f. 53-TJ, e pelo termo de restituição, f. 54-TJ.

Todavia, a autoria e a materialidade não são questionadas pela Defesa, que apenas requer a desclassificação do crime de roubo para furto, o reconhecimento da tentativa e a

mudança do regime fechado para o semi-aberto para o cumprimento da pena.

Razão não lhe assiste.

A vítima Walter Andronico, f. 174-TJ, narrou que foi abordada por dois agentes com uso de arma e sentiu-se intimidada com a ação dos mesmos. Vejam-se suas declarações:

> ... que os acusados anunciaram o assalto; que um dos elementos estava armado; que o depoente então foi levado, em seu carro, pelos réus; que o depoente foi libertado na Av. Amazonas; que os acusados subtraíram, mediante ameaça, vinte reais e o automóvel; que, posteriormente, o carro foi recuperado; que ficou bastante traumatizado com o assalto, pois foi ameaçado o tempo todo de morte; que 'os bandidos falavam o tempo todo que iam atirar na minha cabeça'; que o declarante ficou com medo de morrer.

Dessa forma, presente a grave ameaça exercida sobre a vítima, que se sentiu intimidada, configurado está o tipo penal do crime de roubo, sendo impossível operar-se a desclassificação pleiteada.

Também não merece amparo o reconhecimento da tentativa pugnado pela douta Defesa.

O crime de roubo consuma-se com a simples inversão da posse da *res furtiva*, pouco importando se tenha ou não o agente a posse mansa e pacífica do objeto subtraído.

E, no caso *sub judice*, os agentes lograram ter a posse mansa do veículo subtraído, pois o mesmo foi encontrado algum tempo depois, após rastreamento e perseguição realizados pela Polícia, sendo os agentes presos na cidade de Mateus Leme, saindo, portanto, o veículo da esfera de vigilância da vítima.

Nesse sentido, esclarecedores se afiguram os julgados do Excelso Pretório:

> O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência. Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ela saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência da posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbação (ameaça à posse do ladrão) (*in RT* 677/428).
>
> Para ter-se o delito como consumado, não é necessário que a coisa roubada haja saído da esfera de vigilância da vítima, bastando a fuga com o bem subtraído para caracterizar a existência de posse pelo criminoso (*in RT* 640/391).
>
> Firmou-se em Plenário a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que 'o roubo está consumado se o ladrão é preso em decorrência de perseguição imediatamente após a subtração da coisa, não importando assim que tenha, ou não, posse tranqüila desta' (*in RTJ* 135/161).

Dessa forma, os acusados tiveram a posse mansa e tranqüila da *res furtiva*, sendo presos apenas por eficiência dos policiais, que lograram êxito em prender o apelante e o seu comparsa.

Além do mais, muito embora o veículo tenha sido apreendido e restituído à vítima, o dinheiro roubado não o foi, o que, por si só, já faz consumado o crime.

Por tal motivo, o crime de roubo se consumou, não havendo que se falar em tentativa.

Em relação ao regime prisional, a sentença primeva não merece qualquer reforma, uma vez que, sendo a pena superior a quatro anos e sendo o acusado reincidente, o regime mais correto é realmente o fechado, interpretando-se as normas do art. 33 e parágrafos do CP.

A fixação do regime prisional deve levar em conta as circunstâncias judiciais, o *quantum* da reprimenda e a reincidência. Assim, mesmo ante o fato de serem as circunstâncias elencadas no art. 59 do CP favoráveis, a pena aplicada restou

superior a quatro anos, e o apelante é reincidente, o que faz com que o regime fechado se torne o mais correto para o cumprimento da pena.

Nesse sentido, brilhante lição de Cezar Roberto Bitencourt:

> Os fatores fundamentais para determinação do regime inicial são: natureza e quantidade da pena aplicada e a reincidência. Esses fatores são subsidiados pelos elementos do art. 59 do Código Penal, isto é, quando aqueles três fatores (art. 33, *caput*, combinado com o seu § 2º e alíneas) não determinarem a obrigatoriedade de certo regime, então os elementos do art. 59 é que orientarão qual o regime que deverá ser aplicado, como o mais adequado (necessário e suficiente) para aquele caso concreto e para aquele apenado (art. 33, § 3º, do CP).
> (...)
> Para pena de reclusão: a) reclusão superior a 8 anos sempre inicia em regime fechado; b) reclusão superior a 4 anos, reincidente, sempre inicia em regime fechado... (*Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, 8. ed., 2003, p. 425 e 428).

Esse também é o entendimento jurisprudencial deste eg. Tribunal:

> Crime de roubo. Princípio da insignificância. Inadmissibilidade. Desclassificação para furto. Impossibilidade. Palavra da vítima. Coerência com o conjunto probatório. Abrandamento do regime fechado. Impossibilidade. Réu reincidente. Pena acima de quatro anos.
> - O crime de roubo, por ser um crime complexo que causa lesões a dois bens jurídicos distintos, ou seja, ao patrimônio e à liberdade do indivíduo, vem a ser unidade jurídica, sendo inviável reconhecer, aqui, o princípio da insignificância, pois, além do patrimônio, a liberdade da vítima também está em jogo.
> - Nos delitos praticados na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, são de extrema valia as declarações da vítima, que nenhum interesse tem em condenar inocentes, estando em coerência com o conjunto probatório.
> - Sendo a pena aplicada superior a quatro anos e o acusado reincidente, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado.
> - Condenações mantidas (Ap. 392.999-3, Rel. Juiz Sidney Alves Affonso, j. em 18.03.03).

> Roubo. Alteração regime inicial de cumprimento da pena. Réu reincidente. Impossibilidade.
> - A definição do regime inicial para cumprimento da segregação corporal não está adstrita apenas ao *quantum* da pena aplicada, mas também às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente àquelas que dizem respeito à pessoa do sentenciado, e, sendo este reincidente, o regime inicial deve ser o fechado, ainda que a pena seja inferior a oito anos.
> - Recurso improvido. Sentença mantida (TAMG, Ap. 363.678-4, Rel. Juiz Antônio Armando dos Anjos, j. em 20.08.02).

Todavia, entendo que a sentença deva ser reformada somente no que tange à pena de multa, que, a meu ver, foi exacerbada, fixada em 80 dias, pois deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, e também deve ser compensada a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, fato este não observado pelo nobre magistrado *a quo*, uma vez que tenho entendimento de que ambas as circunstâncias são preponderantes.

Assim, de acordo com as circunstâncias judiciais, mantenho a pena-base em quatro anos e três meses de reclusão e fixo a pena pecuniária em 15 dias. Faço compensar a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, permanecendo inalterada a pena provisória. Majoro-a, logo em seguida, pela causa de aumento do crime de roubo - concurso de pessoas -, em 1/3, restando concretizada a pena em cinco anos e oito meses de reclusão e 20 dias-multa, no valor mínimo legal.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena de multa e fazer compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

É como voto.

Custas, *ex lege.*

-:::-

## EXECUÇÃO DA PENA - REMIÇÃO PELO ESTUDO - POSSIBILIDADE - TRABALHO INTELECTUAL - ART. 126 DA LEI 7.210/84

**Ementa: Agravo. Remição pelo estudo. Possibilidade. Trabalho intelectual.**

**- O estudo é trabalho intelectual e como tal deve ser considerado para a remição, sendo que essa interpretação está consoante às finalidades da Lei de Execução Penal e o texto constitucional.**

RECURSO DE AGRAVO N° 1.0000.05.427839-5/001 (em conexão com o RECURSO DE AGRAVO Nº 1.0000.05.427571-4/001) - Comarca de Governador Valadares - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Antônio Paulino - Relatora: Des.ª JANE SILVA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 7 de fevereiro de 2006. - *Jane Silva* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Sr.ª Des.ª Jane Silva* - A Promotora de Justiça, em exercício na Comarca de Governador Valadares, inconformada com a decisão do Juízo da Vara de Execução Penal que concedeu ao recorrido Antônio Paulino a remição de parte da sua pena relativa a dias estudados, recorre, pretendendo a revogação do benefício, ao fundamento, em síntese, de que não há previsão de tal benefício pelo estudo, mas apenas pelo trabalho.

Contra-razões em que se pretende a manutenção da decisão agravada.

Despacho de sustentação à f. 26.

A Procuradoria de Justiça opina pelo não-provimento do agravo.

Conheço do recurso, pois o entendo previsto em lei, cabível, adequado e presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

Não foram argüidas nulidades no processamento desse agravo, nem encontramos qualquer irregularidade que deva e possa ser reconhecida de ofício.

No mérito.

Examinei as razões da ilustre Promotora de Justiça, mas peço vênia para discordar do seu entendimento no presente caso e transcrever parte do voto por mim proferido nos autos do Recurso de Agravo nº 1.0000.00.349508-2/000, da mesma comarca, em que examino a mesma questão detalhadamente:

> Entendo, à luz da Lei de Execução Penal, que o trabalho é dever do preso, e proporcioná-lo é obrigação do Estado, através dos executores da pena, embora a experiência nos tenha demonstrado que a nem todos os condenados ele vem sendo viabilizado.
> Primeiramente, por uma questão da própria disciplina interna dos presídios, só podem trabalhar aqueles que possuem méritos pessoais para fazê-lo, o que se mostra bastante razoável, pois, caso contrário, não se esforçariam para conquistar tal possibilidade ou para mantê-la. Depois, porque a grande maioria está sujeita a regime que lhes enseja apenas o trabalho interno ou em obras públicas, mediante vigilância, sendo escasso o primeiro e, a cada dia, mais reduzidas as obras públicas com vagas para os condenados, além de, muitas vezes, ser impossível disponibilizar o trabalho para todos, gerando o ócio que inegavelmente contribui para as revoltas nos presídios e impede a ressocialização do apenado, fim último da pena.
> Não resta dúvida de que os limites contidos na própria Lei de Execução Penal dificultam o labor dos presos e que tais limites não podem ser desobedecidos pelos executores da pena, mas há necessidade de que, dentro deles, sejam criadas novas frentes de trabalho que

permitam não só a remição como outros benefícios advindos das atividades laborativas dentro das prisões.

Outrossim, há necessidade de que a interpretação de tais normas leve em conta a atual situação do sistema penitenciário brasileiro, facilitando a remição, premiando aqueles que, efetivamente, demonstraram empenho em restaurar sua própria dignidade, que estão prontos para contribuir para a vida social, da qual eles próprios se alijaram e foram alijados e que o conseguiram pelo próprio esforço pessoal, sob pena de a reprimenda transformar-se apenas em instrumento de vingança social.

Matéria de grande interesse na atualidade é a possibilidade de o estudo ser considerado trabalho para fim de remição penal, o que já vem sendo aplicado, desde longa data, nos estados do Rio Grande do Sul e Paraná.

No Estado de São Paulo, vêem-se, nos últimos tempos, várias ações direcionadas pela Fundação Manoel Pedro Pimentel, visando à educação dos presos, já tendo sido instaladas várias 'Telessalas' de ensino básico, prestação de informação e subsídios aos advogados atuantes na execução da pena, o que se poderá ver em amplitude mediante acesso ao *site* da Secretaria da Administração Penitenciária daquele Estado, bem como maiores informações poderão ser obtidas junto à Funap, que é uma instituição criada para promover a reabilitação e a ressocialização do preso através de programas educativos e de trabalho produtivo.

Em decorrência de tais atividades, alguns juízes paulistas já foram despertados para a possibilidade de ser dada a remição através da freqüência e aproveitamento aos mais variados cursos, como, por exemplo, nas Comarcas de Campinas e Sorocaba.

A remição da pena através do estudo já conta com decisões favoráveis em Minas Gerais, sendo que já existe até portaria em que foi disciplinada a sua concessão, como, por exemplo, em Unaí, na Penitenciária Agostinho de Oliveira Júnior, sendo seu autor o culto Juiz Flávio Umberto Moura.

A justificativa do magistrado lembra que: a prisão celular, por si só, não alcança objetivo da ressocializacão; a ociosidade no cárcere contribui para o agravamento do ambiente prisional; mesmo na prisão, o homem deve ter vida produtiva; a educação nos presídios é recomendada pela ONU e pela legislação vigente; a educação é dever do Estado; a educação faculta a opção por uma atividade sadia; ela é forma libertadora do atraso social e há interesse social na reeducação do preso. Nela condicionou-se a remição não só à freqüência, bem como à apresentação de certificado de submissão aos exames avaliatórios.

O artigo 126 da Lei de Execução Penal, ao tratar da remição, não faz alusão expressa ao estudo; assim, numa interpretação meramente literal, ela estaria afastada; entretanto, realizando uma interpretação teleológica, voltada para a apuração da finalidade do dispositivo, vê-se que a integração social do condenado é conseguida não só com o trabalho manual, podendo a ela se chegar através da instrução escolar, que nada mais é que um trabalho intelectual de grande valor, pois fornece novas alternativas a quem o pratica e o empurra rapidamente para a ressocialização.

Associando tal entendimento ao disposto no artigo 205 da Constituição Federal, que considera a educação como direito de todos e dever do Estado, com colaboração da família e da sociedade, e ainda lembrando que o trabalho é tanto uma atividade física como mental, com a finalidade de se alcançar um determinado fim, ela passou a ser tomada, na execução da reprimenda, como um trabalho intelectual, que atende perfeitamente à função precípua da pena, definida no artigo 1º da Lei 7.210/84.

Assim, considerando que o estudo a que se submete o condenado é um esforço diário intelectual para tentar obter melhor qualificação para um trabalho honesto, ao final do cumprimento da pena, ou quando o sistema progressivo permitir que ele chegue ao regime aberto e aí o desenvolva, não vejo como deixar de considerá-lo para a remição da pena (Recurso de Agravo nº 1.0000.00.349508-2/000, Comarca de Governador Valadares, Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, P.J. 1ª V. Exec. Penais da Comarca de Governador Valadares, Rel.ª Des.ª Jane Silva).

A decisão da culta magistrada, verdadeiramente vocacionada para a área em que se encontra, contribui, sem dúvida alguma, para a ressocialização do condenado e se mostra consentânea não só com as finalidades da Lei de Execução Penal, como em consonância com o texto constitucional.

Aliás, o assunto foi amplamente discutido no Encontro de Juízes das Varas de Execuções Criminais, em junho de 2004, oportunidade em

que o Enunciado nº 4 foi aprovado por unanimidade: "É possível a remição pelo estudo".

Ante tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Antônio Carlos Cruvinel* e *Erony da Silva*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**TORTURA - CRIME PRÓPRIO - TRATADO INTERNACIONAL - PREVALÊNCIA - LEI 9.455/97 - DEFINIÇÃO DIVERSA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - MAUS-TRATOS - FORMA QUALIFICADA - LESÃO CORPORAL GRAVE - VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS - CAUSA DE AUMENTO DE PENA - ART. 136, §§ 1º E 3º, DO CÓDIGO PENAL**

**Ementa: Apelação criminal. Tortura. Lei 9.455/97. Inaplicabilidade ao caso. Crime praticado contra menor (quatro anos) que estava sob a guarda da ré. Lesão corporal de natureza grave àquele imposta. Desclassificação para a figura do art. 136, § 1º, do Código Penal, com acréscimo na reprimenda à conta do § 3º do dispositivo em tela.**

**- Consoante precedentes desta Câmara, a Lei 9.455/97 - naquilo que define o delito de tortura como crime comum - não está em consonância com disposições veiculadas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que possuem *status* de norma constitucional.**

**- É de ser reconhecida, na espécie, a prática do delito de maus-tratos, que se configura, precisamente, pela imoderação do *animus corrigendi*, aqui levado a significativo patamar, com submissão da pequena vítima, então com quatro anos, a severas agressões, motivadoras de lesões corporais de natureza grave, a clamarem pela aplicação dos §§ 1º e 3º do art. 136 do Código Penal.**

**Recurso provido em parte.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0040.04.025492-8/001 - Comarca de Araxá - Apelante: L.R.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 2 de fevereiro de 2006. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Sr.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires* - Conheço do recurso interposto, porque presentes os pressupostos de admissibilidade a tanto necessários.

A apelante e dois outros réus fizeram-se destinatários da presente ação, vinda com fincas nos arts. 121, § 2º, incisos III e IV, e 14, inciso II, ambos do Código Penal (tentativa de homicídio qualificado) e com pedido de agravamento da pena em relação à ora recorrente (Código Penal, art. 61, inciso II, alínea *h*: delito praticado contra criança), porque, nos termos da exordial, em 21 de setembro de 2004, esta última, madrasta do menor declinado na inicial, então com quatro anos de idade, teria tentado matá-lo, utilizando-se, ao ensejo, de meio cruel e de recurso que lhe dificultara a defesa, consistente em espancamento

impiedoso e covarde, só não o conseguindo por circunstâncias alheias à sua vontade - fora socorrido por vizinhos, já quase sem vida, para atendimento de urgência.

Quanto aos demais acusados, a incriminação em tela adveio de sua condição de genitores do menor, que teriam sido omissos em relação aos cuidados que deveriam ter em relação ao filho, protegendo-o e vigiando-o, de molde a evitar o resultado havido (Código Penal, art. 13, alínea *a*) - f. 2/4 -, sendo certo, no entanto, que restaram impronunciados (f. 191/197), a pedido do próprio Ministério Público (f. 140/147).

No tocante à atual apelante, por solicitação do mesmo Ministério Público (f. 140/147), deu-se novo enquadramento legal ao delito em tela, para fixá-lo em conformidade com a figura descrita nos arts. 1º, inciso II, §§ 3º, 4º, inciso II, e 7º da Lei nº 9.455/97, oferecendo-se azo, na oportunidade, a que assim se defendesse (f. 191/197), vindo sua manifestação às f. 209/215.

Ato contínuo, sobreveio a sua condenação, como por último pedido pela acusação (f. 223/230), fato ensejador da oferta de apelação em seu prol, vazada em argumentos tendentes a mostrar, em suma, que o crime de tortura seria inaplicável à espécie, a ela melhor amoldando-se o de maus-tratos, previsto no art. 136 do Código Penal.

Isso porque, em síntese, a ação da acusada não se enquadraria em quaisquer das situações previstas no art. 1º, inc. I e respectivas letras, da Lei nº 9.455/97, lembrando-se que, embora presente o perigo de vida, tudo se fizera com o intuito de corrigir a criança. Mais ainda, na forma de julgado transcrito nas razões recursais, sublinhado (f. 252/253), que a infração reconhecida na instância de origem seria crime próprio, só passível de cometimento por agente público (f. 244/254).

Assim colocada a questão controvertida, verifico, de inicio, que a denúncia veio com fulcro no inciso II do mencionado art. 1º, ao que não caberia tecer maiores considerações em torno das figuras expostas no inciso anterior, como o fez a apelante (f. 246/247).

De notar, porém, o tratamento que esta Câmara Julgadora vem dispensando à Lei nº 9.455/97, no ponto em que definiu o delito de tortura como crime comum - tal como está em seu art. 1º, inciso II, aqui chamado à baila -, de molde a mostrá-lo em choque com disposições veiculadas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que teriam *status* de norma constitucional, valendo, a esse ponto, transcrever parte do voto por mim proferido, por exemplo, na Apelação Criminal nº 1.0408.02.000139-7/001, Comarca de Matias Barbosa, na qualidade de Relatora:

> Com efeito, tanto a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, quanto a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, datada de 1985 - esta, mais explícita sobre a caracterização do tipo e seus responsáveis -, definiram a prática da tortura como 'crime próprio'.
> A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.84, e ratificada pelo Brasil em 28.09.89, em seu art. 1º, dispõe:
> 'Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo 'tortura' designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerarão como tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram'.
> Já a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, adotada e aberta à assinatura no XV Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos,

em Cartagena das Índias (Colômbia), em 9 de dezembro de 1985, e ratificada pelo Brasil em 20.07.89, dispõe:

'Artigo 2º - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica'.

Não estarão compreendidas no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente conseqüência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.

Artigo 3º - Serão responsáveis pelo delito de tortura:

a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, cometam-na diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam.

b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea *a*, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices".

Ou seja, de acordo com tais convenções internacionais, o delito autônomo de tortura é "próprio", isto é, cometido apenas por funcionários ou empregados públicos em autoria mediata ou imediata e, ainda, por indução ou instigação a que o provoquem, prevista, também, a responsabilidade decorrente da omissão de tais agentes no impedimento da realização do fato delituoso, quando possível efetuá-lo.

Da mesma forma, atribuiu-se a responsabilidade àquelas pessoas que, não pertencendo aos quadros públicos, são instigadas pelos agentes da Administração e, assim, cometem diretamente o delito ou figuram como cúmplices dele, entendida essa cumplicidade de forma ampla (co-autoria ou participação).

A Lei nº 9.455/97, todavia, não definiu este tipo penal como "crime próprio", mas, ao contrário, ampliou seu alcance, tornando possível que qualquer pessoa do povo o pratique. Assim, não se observou, na lei interna específica, a restrição presente nos aludidos tratados internacionais.

Cabe ressaltar que, no que concerne à incorporação do Direito Internacional ao Direito pátrio - aquele momento em que a lei, embora de produção não-doméstica, incorpora-se ao ordenamento jurídico interno -, a Constituição Federal adota um sistema misto, distinguindo entre os tratados relativos a direitos humanos e aqueles atinentes a matérias outras. Reza a Carta Magna, no art. 5º, §§ 1º e 2º:

'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: (...)

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'.

Assim, os tratados de direitos humanos, a partir de sua ratificação, são automaticamente incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, com aplicação imediata, e possuem *status* de norma constitucional.

Com base nisso, doutrinadores brasileiros têm apontado vício presente no texto da Lei nº 9.455/97, uma vez que a nova Lei de Prevenção e Repressão da Prática da Tortura não tipificou o delito 'como crime próprio - aquele que requer, no sujeito ativo, uma determinada qualidade -, mas, sim, como crime comum, isto é, aquele que pode ser executado por qualquer pessoa' - em evidente descompasso com o teor das convenções internacionais já mencionadas, decorrendo daí a inconstitucionalidade da novel lei, fulcrada no *status* de normas constitucionais que referidos atos jurídicos internacionais assumiram ao ser incorporados no Direito Brasileiro.

Acerca da inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.455/97, Alberto Silva Franco assim se manifestou:

'... o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional. É evidente que tal conceito não dispensa, por respeito ao princípio da reserva legal, também de nível constitucional, da intermediação do legislador infraconstitucional para efeito de sua configuração típica. Mas esse legislador não poderá, sem lesionar norma de

caráter constitucional, construir um tipo de tortura que não leve em conta o conceito já aprovado em convenções internacionais. Assim, lei ordinária que desfigure a tortura, de forma a torná-la um delito comum, e não próprio, está eivada de manifesta inconstitucionalidade..." (Tortura - Breves Anotações sobre a Lei nº 9.455/97, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 19 - Doutrina Nacional, p. 58).

A ementa correspondente ficou assim:

Consoante precedentes desta Câmara, a Lei nº 9.455/97 - naquilo que define o delito de tortura como crime comum - não está em consonância com disposições veiculadas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que possuem *status* de norma constitucional.

Também:

Crime de tortura. Crime próprio. Agente público. Vítima sob a guarda, poder ou autoridade. Interpretação. Convenções internacionais de direitos humanos. Norma de *status* constitucional. Desclassificação. Crime de maus-tratos qualificado.
- Impõe-se a desclassificação do delito de tortura, capitulado na Lei nº 9.455/97, para o crime de maus-tratos, na forma qualificada, previsto no art. 136, § 1º, c/c § 3º do CP, por se tratar aquela infração de crime próprio, que somente poderá ser cometida por agente público que esteja com a vítima sob a sua guarda, poder ou autoridade, segundo a interpretação que se faz de normas embutidas em Convenções Internacionais de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário, as quais possuem *status* de norma constitucional e se acham integradas automaticamente ao ordenamento jurídico interno, não se inserindo nesta categoria de pessoas a mãe do infante que o tenha agredido fisicamente (TJMG, Segunda Câmara Criminal, Relator Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, Apelação Criminal nº 000.268.999-9/00, Comarca de Itamonte, julgada em 7.11.02, unânime).

No mesmo sentido: TJMG, 2ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0382.02.023735-2/001, Relator o Desembargador Célio César Paduani.

Dessarte, impõe-se o afastamento, ao caso, da Lei nº 9.455/97, havendo a matéria de ser vista à luz do art. 136, § 1º, do Código Penal - e não, puramente, do art. 136, como desejado pela recorrente (f. 253) -, tendo em vista o teor do Exame Complementar de Lesões Corporais acostado à f. 136, onde, em resposta aos quesitos oficiais, ficou consignado que a pequena e infeliz vítima ficou a padecer de "debilidade permanente, com seqüela neurológica grave, impedindo falar, deambulação ou mesmo equilíbrio corporal (não se posiciona sentado, necessitando ser carregado pela tutora)".

A propósito da indescritível brutalidade empregada contra a desditosa criança (f. 26), bem falam ainda os expedientes ofertados às f. 22, 27, 49 e 51, sendo certo que, na peça recursal ora sob exame, admite-se que "a criança estava sob a guarda da recorrente e esta abusou dos meios de correção" (f. 249).

Da jurisprudência, colhe-se, *mutatis mutandis*:

Apelação criminal. Tortura praticada pelo padrasto contra enteado menor. Absolvição afastada. Desclassificação para o crime de maus-tratos. Possibilidade. Fixação da pena-base. Substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito. Impossibilidade. Aplicabilidade do art. 77 do CPB. Recurso conhecido e provido parcialmente.
- Não é cabível a absolvição por insuficiência de provas quando o conjunto probatório, notadamente a prova testemunhal, evidencia a conduta típica praticada pelo agente.
- Se o que motivou o agente foi o desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido imoderado, o crime é de maus-tratos, podendo-se, assim, operar a desclassificação para o tipo previsto no art. 136 do CPB.
- É de aplicação obrigatória a causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 136 do CPB, quando a vítima for menor de 14 anos.
- O Juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade) para a fixação da pena-base.
- A redação do inciso I do art. 44 do Código Penal Brasileiro é expressa ao restringir a substituição da pena privativa de liberdade

àqueles crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.
- Preenchendo o apelante os requisitos elencados no art. 77 do CPB, imperiosa é a concessão do benefício do *sursis* (TJMG, 1ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Armando Freire, Apelação Criminal nº 1.0114.03.019307-1/001, julgada em 7.12.04, publicada em 14.12.04).

Tortura. Crime próprio. Funcionário público como sujeito ativo. Desclassificação para maus-tratos. Necessidade. Acusado que intencionava 'corrigir' a vítima, que se encontrava sob sua custódia. Pena. Modificação. Caracterização de crime continuado. - Se o guardião da vítima impunha-lhe atroz sofrimento por não aceitar o comportamento da criança, que costumeiramente fazia necessidades fisiológicas nas próprias vestes, o comportamento anormal não caracteriza, certamente, o crime de tortura, que é praticado por puro sadismo imotivado, e sim o de maus-tratos, que diz respeito ao propósito de punir para corrigir (TJMG, Segunda Câmara Criminal, Relator Desembargador Herculano Rodrigues, Apelação Criminal nº 000.254138-1/00, Comarca de Aimorés, julgada em 14.3.02, unânime).

Tortura. Não-caracterização. Desclassificação para o crime de maus-tratos, descrito no art. 136 do Código Penal.
- A responsável por dois menores e uma doente mental que abusa ou se excede nos castigos corporais, chegando a praticar lesões em suas vítimas, pratica o crime de maus-tratos, que se configura, precisamente, pela imoderação do *animus corrigendi*.
- O crime de tortura caracteriza-se por causar, desnecessária e intencionalmente, sofrimento profundo, praticado por puro sadismo imotivado, inadequado à espécie em discussão.
- Deram provimento ao apelo da defesa e declararam extinta a punibilidade pela prescrição (TJRS, 1ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Marcel Esquivel Hoppe, Apelação Criminal n. 70003592102, julgada em 17.4.02).

Por conseguinte, devendo a condenação da ré cingir-se ao cometimento do crime coibido pelo art. 136, § 1º, do Código Penal - maus-tratos, sob forma qualificada -, passo a dosar-lhe a pena correspondente, com aproveitamento da análise procedida pelo culto Julgador *a quo*, em torno das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (f. 228-229).

Basicamente, fixo-a em três anos de reclusão - dois a mais que o mínimo previsto em lei -, diante das terríveis conseqüências do delito em relação ao menor (f. 136), aumentando-a em um terço, sob a égide do § 3º do dispositivo tratado, tudo se concretizando em reclusão ao longo de quarenta e oito meses (quatro anos), à míngua de outros motivos que pudessem minorá-lo ou exasperá-lo.

Isso, sob inicial regime fechado, pela insensibilidade da ré, ao impingir à pequena vítima severas agressões que quase a levaram à morte, causando-lhe, por certo, no decorrer do tempo, injustificáveis sofrimentos, não podendo vir, a seu favor, de outro lado, a benesse do art. 44 do Código Penal, em virtude de o crime ter sido praticado com violência a pessoa.

Razões pelas quais dou provimento em parte ao recurso interposto, com o fito de desclassificar o crime considerado na instância de origem para a figura inscrita no art. 136, § 1º, com aplicação, ainda, do disposto no § 3º, todos do Código Penal, havendo de levar-se em conta, então, a reprimenda antes assinalada.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Reynaldo Ximenes Carneiro* e *Hyparco Immesi*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

**MOTIVO TORPE - DISSIMULAÇÃO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - TRIBUNAL DO JÚRI - QUESITOS - DEFICIÊNCIA NA FORMULAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO - PRECLUSÃO - NULIDADE - NÃO-OCORRÊNCIA - CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL *AD QUEM* - POSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENA - CRIME HEDIONDO - REGIME INICIAL FECHADO**

**Ementa: Homicídio qualificado. Preliminar afastada. Quesito. Qualificadora. Redação genérica. Inocorrência de prejuízo. Pena. Circunstância atenuante da confissão espontânea. Redução. Possibilidade.**

**- O vício na formulação dos quesitos só anula o julgamento quando não permite o conhecimento da vontade dos jurados.**

**- A confissão espontânea prevista no texto legal possui caráter meramente objetivo. Não fazendo a lei referência alguma a motivos ou circunstâncias que cercaram a prática do crime, como sincero arrependimento, como condição para seu reconhecimento, a pena deve ser reduzida todas as vezes em que o acusado admitir sua participação na ação delituosa.**

**- O Tribunal *ad quem* pode reconhecer circunstância atenuante não submetida à decisão do Júri e por conseqüência reduzir a pena do réu, sem necessidade de anular o julgamento. Precedente da jurisprudência.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0431.03.006615-0/002 - Comarca de Monte Carmelo - Apelante: Manoel Ramos da Silva Segundo - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. PAULO CÉZAR DIAS

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 7 de março de 2006. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Paulo Cézar Dias* - Manoel Ramos da Silva Segundo foi julgado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Monte Carmelo e condenado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incs. I e IV, do Código Penal, tendo recebido pena de 15 (quinze) anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, por haver, no dia 27 de julho de 2003, desfechado dois disparos de arma de fogo contra a vítima Rafael Euclides Dornelas, causando-lhe a morte.

Relata a denúncia que, no dia dos fatos, o acusado convidou a vítima para buscar umas éguas na região da Fazenda Lambari, no Município de Monte Carmelo. Nesse local, fazendo uso de uma garrucha, calibre 22, para vingar-se da vítima, que estaria iniciando um relacionamento com a enteada do denunciado, pegando a vítima desprevenida, efetuou dois tiros contra a cabeça desta, pelas costas, atingindo-a no osso parietal esquerdo e no osso occipital, ao nível da nuca, produzindo-lhe as lesões descritas no auto de exame de corpo delito de f. 54/55, as quais foram a causa eficiente da sua morte. Tão logo matou a vítima, o denunciado cortou a orelha desta, levando-a para provar à enteada e à sua amásia o que tinha feito.

De acordo com a referida peça, o denunciado cometeu o crime por motivo torpe, pois pretendia vingar-se da vítima, a qual estaria iniciando um relacionamento amoroso com a enteada do réu, Glauciane Rodrigues Paulino, com a qual há notícias de que o réu mantinha relações sexuais.

Consta, mais, que o denunciado praticou o crime utilizando recurso que dificultou a defesa da vitima, pois agiu dissimuladamente, convidando-a para ir buscar umas éguas, e atirou nesta pelas costas, pegando-a desprevenida.

Irresignado, apelou o condenado. Em preliminar, requer a nulidade do julgamento, por deficiência na redação dos quesitos nºs 5 e 6,

visto que não descrevem a conduta imputada ao apelante que ensejou as qualificadoras, causando-lhe prejuízo. No mérito, pugna pela reforma da sentença no que concerne à aplicação da pena, visando ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, rechaçada pelo Corpo de Jurados, bem como pela mitigação do regime de cumprimento de pena.

Contra-arrazoado o recurso (f. 310/314), subiram os autos, e, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela rejeição da preliminar de nulidade e, no mérito, pelo desprovimento.

No principal, é o relatório.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Não procede a preliminar de nulidade argüida pelo apelante quanto à redação dos quesitos atinentes às qualificadoras do homicídio.

A regra é que os quesitos, além da referência à expressão usada pela lei penal, devem descrever o conteúdo fático que ensejou a qualificação do crime, orientação que não foi observada no presente caso. Ocorre que tal fato não enseja a pretendida nulidade.

Verifica-se que o libelo acusatório (f. 216/217) descreveu perfeitamente as circunstâncias caracterizadoras do motivo torpe e uso de recurso que dificultou a defesa da vítima, aliás, bem delineados também na denúncia e pronúncia, devidamente lidas em plenário, conforme ata da sessão do Júri (f. 300/303). O MM. Juiz ainda explicou a significação legal de cada quesito, de modo que os jurados tiveram pleno conhecimento do conteúdo da acusação, não tendo sido induzidos a erro ou perplexidade, tanto que, indagados se estavam habilitados a julgar, responderam afirmativamente.

A propósito, de conformidade com orientação que predomina no Pretório Excelso, o vício na formulação dos quesitos "só anula o julgamento quando não permite o conhecimento da vontade dos jurados" (nesse sentido *RTJ*, 96/590).

*In casu,* observa-se que o Conselho de Sentença afirmou por expressiva margem de votos (sete a zero) os quesitos relativos às qualificadoras, o que afasta a existência de dúvida sobre o conhecimento da vontade dos jurados.

Por fim, a defesa não apresentou impugnação, em Plenário, quanto à formulação dos quesitos, quedando-se inerte na sessão de julgamento, estando, portanto, preclusa a questão.

Assim, o fato de os quesitos não detalharem os fatos que ensejaram as qualificadoras se traduz em mera irregularidade, sem condão de anular o julgamento.

Tampouco conseguiu o apelante demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, tanto que não recorreu quanto ao mérito da decisão.

Rejeito, portanto, a preliminar deduzida.

No mérito, dúvida não há sobre a autoria delitiva, eis que confessada pelo acusado, além de corroborada pela prova testemunhal.

Quanto ao pedido de redução da pena em virtude da confissão espontânea, tem razão o apelante, já que efetivamente admitiu, em suas declarações, haver praticado o crime.

A decisão do Júri com certeza se alicerçou na confissão do réu, tendo em vista a inexistência de testemunhas presenciais do delito.

Nada impede a sua aplicação o fato de o acusado apresentar uma justificativa para os seus atos, como invocar excludente de ilicitude. A confissão espontânea, ainda que parcial, é fator de redução obrigatória da pena, de acordo com a redação do art. 65, III, *d*, do CP, que não faz qualquer ressalva quanto aos seus motivos, bastando que objetivamente favoreça a apuração da autoria.

Nesse sentido, a precisa lição de Celso Delmanto:

> Antes da reforma penal de 84, esta atenuante exigia, como requisito, que a confissão fosse referente a delito cuja autoria era ignorada ou

atribuída a outrem. A partir de então, foi dispensado esse requisito. Basta para a atenuante a simples confissão da autoria. Tal confissão deve ser espontânea, embora não se exija a voluntariedade. A lei apenas quer que a confissão seja espontânea, não havendo razão legal alguma para exigir que ela seja resultante de 'arrependimento do agente'. (...) Luiz Carlos Betanho (*in RT*, 683/281) sustenta que 'confessar a autoria não é o mesmo que confessar o crime; para a atenuante basta a confissão da autoria, e não impede a sua aplicação o fato de o réu ter negado parte da imputação ou invocado excludente da ilicitude'. Acreditamos que assiste razão a esse autor (*Código Penal Comentado.* 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 124).

Sobre o tema, confira-se o seguinte julgado do STJ:

> *Habeas corpus*. Incidência da atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal. Requisitos meramente objetivos. Distinção entre espontaneidade e voluntariedade. Irrelevância em face da reforma do Código Penal de 1984.
> - 1. A reforma do Código Penal de 1984 modificou a base de reconhecimento da atenuante prevista em seu art. 65, III, *d*, procurando o legislador beneficiar o agente que colabora com a celeridade da Justiça na busca da verdade real, conforme se depreende da respectiva Exposição de Motivos, item 55: 'Beneficia-se, como estímulo à verdade processual, o agente que confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, sem a exigência, em vigor, de ser a autoria ignorada ou imputada a outrem'.
> - 2. A confissão espontânea prevista no texto legal hoje é de caráter meramente objetivo, não fazendo a lei referência alguma a motivos ou circunstâncias que cercaram a prática do crime, incidindo a atenuante, assim, todas as vezes em que o acusado admitir sua participação na ação delituosa.
> - 3. Ordem concedida (*HC* 22095/MS, Rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, *DJ* de 04.08.03, p. 433).

Nessa linha também a jurisprudência do STF:

> *Habeas corpus*. Sistema trifásico de aplicação da pena. Alegação de *bis in idem* improcedente. Confissão parcial e primariedade do paciente. Lei nº 9.455/97. Crime hediondo. Regime de cumprimento da pena integralmente fechado. - A sentença condenatória atendeu plenamente ao denominado sistema trifásico de aplicação da pena. A qualificação do paciente como mentor intelectual da ação criminosa não caracteriza *bis in idem*, eis que admitida como circunstância agravante. Para a exacerbação da pena-base, levou-se em conta a personalidade e a conduta social desabonadoras do agente. A confissão espontânea, ainda que parcial, é circunstância que sempre atenua a pena, *ex vi* do artigo 65, III, *d*, do Código Penal, o qual não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou. Nessa parte, merece reforma a decisão condenatória. Precedentes. A primariedade, sendo atenuante facultativa-inominada, permite ao juiz considerar aspectos outros que imputem maior culpabilidade ao réu, tornando incompatível a incidência dessa atenuante. O tratamento dado ao crime de tortura pela Lei nº 9.455/97, que prevê o regime inicialmente fechado de cumprimento de pena, não se aplica aos demais crimes hediondos, permanecendo inalterado o tratamento dispensado pela Lei nº 8.072/90. Precedente. Pedido parcialmente deferido, a fim de que seja reconhecida, pelo juízo condenatório, a atenuante referente à confissão espontânea (grifo do Relator - *HC* 82337/RJ, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, *DJ* de 04.04.03, PP-00051 Ement Vol-02105-02 PP-00390).

Trata-se de circunstância de incidência obrigatória, impondo a redução da pena quando fixada acima do mínimo legal, como na espécie.

Conforme entendimento firmado na jurisprudência, pode, em hipótese tal, o Tribunal reconhecer a circunstância atenuante e reduzir a pena do réu, apesar da negativa do Tribunal do Júri, sem necessidade de anular o julgamento, já que a questão se refere à simples dosagem da pena, atribuição do juiz togado e não do Tribunal Popular, conforme expresso no art. 593, III, *c,* e § 2º, do CPP.

Nesse sentido:

Pode o Tribunal *ad quem*, no julgamento de recurso da defesa, fundado no art. 593, III, *c*, do CPP, "reduzir a sanção imposta ao réu, mesmo

que para isso haja de reconhecer circunstância atenuante rejeitada pelo corpo de jurados" (*RT* 647/319).

Assim, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, deve ser a pena-base diminuída de 01 (um) ano, restando concretizada a pena em 14 (quatorze) anos de reclusão.

Outro reparo está a merecer a sentença proferida pelo douto Magistrado, no tocante ao regime de pena imposto.

Apesar de ter conhecimento da edição da Súmula 698 do STF, no meu ponto de vista, impedir a progressão de regimes, ou seja, impedir que o condenado, por etapas, consoante requisitos objetivos e subjetivos, se aproxime da sociedade, na qual voltará a conviver, contraria o comando do texto constitucional, uma vez que o princípio da individualização das penas ali consagrado determina que a execução deve atender às particularidades do crime e do condenado.

O cumprimento da pena em regime fechado, sem possibilidade de progressão, sem dúvida, conduz à antiga concepção da sanção como finalidade unicamente repressiva, com um caráter exclusivamente expiatório e retributivo, castigo típico dos sistemas ditatoriais, inadmissível em qualquer Estado de Direito. A moderna concepção de função socializadora da pena consiste em oferecer ao delinqüente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, sendo certo que a progressão constitui importante estímulo à ressocialização, o que não ocorrerá se a pena tiver de ser cumprida em regime integralmente fechado.

Não obstante a insistência da jurisprudência amplamente dominante em admitir como constitucional a norma que proíbe, em relação aos crimes hediondos e aos eles equiparados, o regime progressivo de cumprimento da pena, vêm tomando corpo sérias movimentações a favor do retorno para todos os crimes do sistema progressivo de execução da pena.

Tal posicionamento restou ainda mais forte após a edição da Lei de Tortura (nº 9.455/97), que dispõe, em seu art. 1º, § 7º, que "o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado".

Efetivamente, se a Constituição Federal, em seu art. 51, XLVIII, equipara os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como hediondos, reunindo-os num único dispositivo, com o objetivo de estabelecer para eles um tratamento unitário, há que se estender, por analogia, esse mesmo direito aos condenados pelos outros crimes tidos como hediondos.

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena do réu e alterar o regime de cumprimento de pena para inicialmente fechado, nos termos acima aduzidos.

Mantenho, no mais, a v. sentença.

Custas, a final.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Kelsen Carneiro* e *Jane Silva*.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

**CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA - INCÊNDIO - AUTORIA - MATERIALIDADE - PROVA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - DANO QUALIFICADO - IMPOSSIBILIDADE - CASA HABITADA - CAUSA DE AUMENTO DE PENA - ART. 250, § 1º, II, *A*, DO CÓDIGO PENAL**

**Ementa: Apelação criminal. Crime de incêndio. Pedido de absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Depoimentos testemunhais robustos e convergentes a**

**apontar os acusados como autores da prática delitiva. Ofensa à incolumidade pública. Desclassificação para dano operada em sentença. Reforma imposta. Fogo ateado em local destinado à moradia. Caracterização da causa de aumento de pena. Recursos conhecidos, desprovido o defensivo e provido o ministerial.**

**- Pratica o crime de incêndio o agente que põe fogo na residência alheia, colocando em risco a integridade física e o patrimônio de terceiros, já que, assim, ofende a incolumidade pública.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0343.05.978127-2/001 - Comarca de Itumirim - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais; 2º) Márcio Pereira - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais; Márcio Pereira - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E NEGAR PROVIMENTO AO DA DEFESA, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2006. - *Márcia Milanez* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

*A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez* - Márcio Pereira e Adson Mendes dos Santos, já qualificados nos autos do processo em epígrafe, foram denunciados como incursos nas sanções do art. 250, §1º, II, *a*, c/c art. 62, IV, ambos do Código Penal.

Narra a denúncia (f. 02/03) que, na data de 28 de novembro de 2004, Adson, em concurso com o acusado Márcio, causou incêndio, expondo a perigo a vida e a integridade física de Kênia Aparecida Rezende Andrade e de seu enteado de apenas nove anos de idade, filho do policial militar Cabo José Andrade Silva Neto, marido daquela e também vítima, visto que teve seu patrimônio danificado.

Segundo a peça acusatória, o réu Adson adentrou na residência das vítimas e ateou fogo no veículo WV Voyage, de propriedade do policial mencionado, destruindo-o por completo, além de destruir o telhado da referida residência. Consta ainda que Adson teria cometido o delito mediante promessa de recompensa de R$ 200,00, vinda do acusado Márcio Pereira, em represália, porquanto o referido policial militar teria apreendido motocicleta deste em data anterior.

Após regular instrução probatória, com interrogatórios (f. 51/55), defesas prévias (f. 56/57), oitiva de testemunhas (f. 66/76; 85/86 e 108/111) e alegações finais das partes (f. 114/122; 129/131; 136/137 e 140/142), o MM. Juiz sentenciante acolheu parcialmente os termos da exordial, desclassificando a conduta dos acusados para aquela prevista no art. 163, parágrafo único, II, do Código Penal, determinando ao réu Adson o cumprimento da pena de um ano e quatro meses de detenção, em regime semi-aberto, e pagamento de 20 dias-multa, e ao réu Márcio, o cumprimento da pena de um ano de detenção, em regime semi-aberto, e pagamento de 15 dias-multa (f. 145/156).

O ilustre representante do *Parquet*, inconformado, apela (f. 157-v./158), pugnando, em suas razões (f. 168/177), pela condenação dos acusados nos estritos termos da denúncia.

A defesa de Márcio, também inconformada, apela à f. 161, requerendo, em suas razões recursais, a absolvição (f. 179/182).

As contra-razões defensivas foram apresentadas às f. 183/186 e as ministeriais às f. 189/195.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo desprovimento do recurso defensivo e pelo provimento do ministerial (f. 201/205).

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso por estarem presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, sendo ele próprio e tempestivo.

Narra a exordial (f. 02/03) que, na data de 28 de novembro de 2004, o réu Adson, em concurso com o acusado Márcio, causou incêndio, expondo a perigo a vida e a integridade física de Kênia Aparecida Rezende Andrade e de seu enteado de apenas nove anos de idade, filho do policial militar Cabo José Andrade Silva Neto, marido daquela e também vítima, visto que teve seu patrimônio danificado.

Segundo a peça acusatória, o réu Adson adentrou na residência das vítimas e ateou fogo no veículo de propriedade do policial mencionado, destruindo-o por completo, além de destruir o telhado da referida residência. Consta ainda que Adson teria cometido o delito mediante promessa de recompensa de R$ 200,00, vinda do acusado Márcio Pereira em represália, porquanto o referido policial militar teria apreendido motocicleta deste em data anterior.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo laudo pericial de f. 40/41, que atestou que o incêndio provocado expôs a integridade física, a vida e o patrimônio de outrem, porquanto

> o veículo foi totalmente destruído, e parte do telhado da garagem danificado, sendo que o fogo poderia ter alastrado para todo o imóvel, causando além de danos materiais riscos às pessoas que se encontravam no interior da residência.

A autoria, em que pese a negativa dos acusados em ambas as fases em que restaram ouvidos (f. 15; 51/53; 54/55), também é inconteste, senão vejamos.

As testemunhas Wesley Rodrigo da Silva (f. 71) e Juliano Henrique Silva (f. 72), que estavam próximos do local e momento dos fatos, aduziram enfaticamente terem visto, logo ao perceberem a fumaça saindo da garagem da vítima, o acusado Adson vindo daquela direção sem camisa, elucidando que, quando este os avistou, pulou a cerca da casa do Sr. Vicente. Continuou ainda a testemunha Juliano: "(...) não tem dúvidas de que se tratava de Adson".

As mesmas testemunhas disseram ainda que, ao conversarem com o acusado Márcio sobre o ocorrido, este os teria ameaçado, aduzindo que:

> Márcio perguntou se o depoente iria prestar depoimento, tendo falado com o depoente que era para ele ter cuidado com o que falava porque quando Adson saísse poderia acontecer alguma coisa com o depoente (f. 72).

Ademais, some-se a tais fortes evidências o depoimento determinante da própria esposa do réu Adson, Sra. Hélida Aparecida Mereciano Santos, na fase extrajudicial (f. 21/21-v.), delatando toda a dinâmica do evento delituoso envolvendo o marido e o réu Márcio:

> (...) estava no *trailer* do Tinho juntamente com o seu marido Adson fazendo lanche, foi quando na ocasião o Tinho, proprietário do lanche, convidou o seu marido Adson para jogar fogo no carro do cabo Zeca (José Andrade Silva Neto, mas que seu marido recusou a proposta, inclusive ofereceu R$ 200,00 para o serviço na casa de Cabo Neto, que Tinho teria dito ainda que não gostava de Polícia; (...) que a depoente alega que ouviu Tinho oferecendo R$ 200,00 para o seu marido, mas que a proposta foi recusada por Adson; (...) que a depoente esclarece que Márcio (Tinho), disse que queria fazer isso, ou seja, colocar fogo no carro por causa do CB Neto teria apreendido sua motocicleta;.

Em juízo, como sói acontecer, a esposa do réu se retratou. Todavia, vê-se que a delação feita na fase inquisitorial é a que se coaduna com o acervo probatório, estando apta a demonstrar a autoria por parte dos réus.

Assim, diante da robusta e coerente prova testemunhal, impossível prosperar o pleito absolutório, como requerido pela ilustre defesa.

Por outro lado, quanto ao inconformismo ministerial, tenho que merece reparo a sentença hostilizada. A conduta praticada pelos réus amolda-se ao tipo penal de incêndio (art.

250 do CP), com a causa de aumento de pena previsto no inciso II, *a*, da referida norma penal.

Analisando o laudo pericial de f. 40/41, resta claro que o fogo chegou a ameaçar a incolumidade pública, conforme já transcrito linhas acima. Assim, se restou comprovada a ofensa ao bem jurídico da "incolumidade pública", trata-se, pois, de crime de incêndio.

A causa de aumento de pena, prevista no § 1º, inciso II, alínea *a*, do art. 250 do CP, restou também perfeitamente caracterizada, visto que, conforme vimos, a casa em que os acusados atearam fogo era destinada à moradia das vítimas, estando em seu interior, inclusive, uma criança de apenas nove anos de idade.

Assim sendo, passo à aplicação das reprimendas.

Para o acusado Adson, atenta à análise das circunstâncias judiciais realizada na sentença, fixo-lhe a pena-base pelo crime de incêndio em três anos e seis meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Na segunda fase de sua aplicação, verifico a existência das agravantes previstas no art. 61, II, *h*, e art. 62, IV, ambas do CP, razão pela qual aumento a pena-base em um sexto, tornando-a em quatro anos e um mês de reclusão, além do pagamento de 12 dias-multa.

Na terceira fase, faço incidir a causa de aumento prevista no art. 250, §1º, II, *a*, do CP, aumentando-a em um terço e tornando-a definitiva, à míngua de outras causas de aumento ou diminuição, em cinco anos, cinco meses e 10 dias de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 16 dias-multa.

Para o acusado Márcio, também atenta à análise das circunstâncias judiciais realizada na sentença, fixo-lhe a pena-base no mínimo legal, qual seja, três anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Na segunda fase de sua aplicação, verifico a existência das agravantes previstas no art. 61, II, *a* e *h*, e art. 62, II, ambos do CP, razão pela qual aumento a pena-base em um sexto, tornando-a definitiva em três anos e seis meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Na terceira fase, faço incidir a causa de aumento prevista no art. 250, §1º, II, *a*, do CP e aumento-a em um terço, tornando-a definitiva, à míngua de outras causas de aumento ou diminuição, em quatro anos e sete meses de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 14 dias-multa.

Mantenho as demais determinações constantes da sentença.

Por todo o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, conheço dos recursos, nego provimento ao da defesa e dou provimento ao ministerial, nos termos supradelineados.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Eduardo Brum* e *Gudesteu Biber*.

*Súmula* - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E NEGARAM PROVIMENTO AO DA DEFESA.

-:::-

**ESTELIONATO - RECEPTAÇÃO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - VEÍCULO FURTADO - COMPRA - DESMONTE - ADULTERAÇÃO PARA POSTERIOR VENDA - CONCURSO DE PESSOAS - QUADRILHA - AUSÊNCIA DE PROVA - ARTS. 171 E 180 DO CÓDIGO PENAL**

**Ementa: Estelionato e receptação. Absorção deste pelo crime de estelionato. Co-participação. Condenação nos termos do artigo 29 do Código Penal. Receptação (artigo 180). Prova de que o réu adquiriu veículo que sabia ser furtado. Quadrilha. Ausência de provas.**

**- Se o acusado adquire veículo que sabe ser produto de furto, assim procedendo com o objetivo de desmanchá-lo, remontá-lo e adulterá-lo para obter vantagem para si, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, resta caracterizado o crime de estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal. A receptação, na realidade, constitui meio utilizado para o cometimento do crime de estelionato. Nesse caso, pelo princípio da consunção, a receptação fica absorvida pelo estelionato.**

**- Aquele que de qualquer modo concorre para o crime deve ser condenado nas penas a este cominadas (artigo 29 do Código Penal). Comprovado que o acusado adquiriu veículos que sabia ser produto de furto, cometeu ele o crime de receptação do artigo 180 do Código Penal.**

**- Para a configuração do crime de quadrilha, não basta que o crime tenha sido cometido por quatro ou mais agentes; é indispensável que tenha havido entre eles um ajuste prévio doloso, estável e permanente.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0692.03.900018-1/001 - Comarca de Tombos - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Francisco Marques Ananias - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Francisco Marques Ananias, Elismar Bizarro Ananias, Sérgio Jorge Alves, Clésio Fialho Coelho, João Carlos Tofani da Fonseca, Ruy de Almeida Monteiro, Leonardo Agnello Mendonça Vieira, Antônio Sebastião Novaes, Luiz Carlos Ribeiro Garcia - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NEGANDO-O AO DO RÉU FRANCISCO MARQUES ANANIAS.

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2006. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel* - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se de ambos os recursos.

Os réus foram denunciados pela prática dos crimes descritos nos arts. 171, *caput*, 180, *caput,* e 288, *caput*, c/c o art. 69, todos do Código Penal.

A sentença de f. 744/750 condenou Francisco Marques Ananias somente pelo crime do art. 171, *caput*, do Código Penal, aplicando-lhe a pena de um ano de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, no mínimo legal, absolvendo-o dos demais crimes.

A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, em entidade pública assistencial, a ser indicada pelo Juiz da Vara de Execução Criminal, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, sem prejuízo da jornada normal de trabalho.

Os outros acusados foram absolvidos.

Insurgem-se o Ministério Público e o réu.

O primeiro, às f. 805/809, requer a majoração da pena aplicada ao réu Francisco Marques Ananias e a condenação de todos os apelados nas sanções dos crimes capitulados na denúncia.

O segundo, às f. 801/803, alega ter ocorrido a prescrição da pretensão executória estatal e pleiteia a absolvição por ausência de provas.

Sem razão o apelante Ananias.

A prescrição da pretensão executória do Estado regula-se pelo art. 110, § 1º, do Código Penal e não se materializou, pois a sentença condenatória não transitou em julgado para o Ministério Público, que dela interpôs recurso de apelação, ainda pendente de julgamento.

Narra a denúncia que os acusados, mediante prévio ajuste, adquiriam peças e veículos oriundos de furto e, na propriedade do apelante, desmontavam-nos e alienavam as peças a terceiros que não desconfiavam da origem ilícita das mesmas, pagando por elas o preço de mercado.

Além disso, alteravam as características técnicas de alguns veículos, para aliená-los posteriormente.

Existem nos autos provas suficientes do crime praticado por Francisco Ananias, que confessa, às f. 359/360, admitindo como verdadeiros os fatos narrados na denúncia, informando que adquiriu muitos veículos para serem desmontados e vendidas as peças para terceiros, "... que realmente chegou a vender peças de veículos roubados...".

Seu filho Elismar confirma os fatos,

> ... que seu pai já vinha há alguns anos adquirindo veículos e levando para a sua propriedade onde eram desmontados e suas peças vendidas para terceiros; que (..) alguns destes veículos (...) eram realmente roubados e o interrogando também ajudava seu pai a desmontá-los... .

O apelante, além de vender as peças usadas a terceiros, obtidas através de desmanche, alterava as características dos veículos, adulterando chassis, ou acoplando a carroceria de um veículo em outro considerado bom e também alterava a documentação.

O Ministério Público pede que seja ele condenado também pelo crime de receptação (art. 180 do Código Penal) e de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal).

Comete o crime de receptação quem adquire, recebe, transporta, conduz ou oculta, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influi para que terceiro de boa-fé a adquira, receba ou oculte.

As condutas praticadas pelo réu na realidade são próprias do crime definido no art. 180, § 1º, do Código Penal (receptação qualificada), quais sejam: "Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda ou de qualquer forma utilizar em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime", pois, nos termos do § 2º, do referido artigo: "Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência".

O acusado Francisco Ananias agiu com dolo, pois confessou que sabia da origem ilícita dos veículos.

Todavia, ao adquirir os veículos, conhecendo a sua origem ilícita, assim procedia com o objetivo de desmanchá-los, remontá-los e adulterá-los, para obter vantagem para si, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, restando caracterizado o crime de estelionato previsto no art. 171 do Código Penal.

A receptação, na realidade, constituiu meio utilizado para o cometimento do crime de estelionato.

Nesse caso, pelo princípio da consunção, a receptação fica absorvida pelo estelionato, e a sentença deve ser mantida quanto ao acusado Francisco Ananias, inclusive quanto à pena, que não pode ser majorada, pois que as condições pessoais lhe são favoráveis, autorizando a fixação no seu patamar mínimo.

Quanto ao acusado Elismar Bizarro Ananias, confessou ele que ajudava seu pai Francisco Ananias a desmontar os carros e que também sabia serem os veículos roubados.

Luiz Carlos Ribeiro Garcia, conhecido como "'Irmãozinho", também confessou que conhece Francisco Ananias e que intermediou venda de carros por ele realizada.

Informa ele

> ... que foi intermediário de venda de uma Brasília Bege Jamaica entre o indiciado Francisco Ananias e Edelson, da cidade de Laje do Muriaé (...); que não sabe dizer se a Brasília era produto de furto (...); que essa Brasília foi pintada na oficina de Milton em Porciúncula/RJ (...); que foi intermediário (...) na venda de um Fusca cor azul, que o próprio Francisco disse ao declarante ser um Fusca trombado e que, posteriormente, foi reformado...

A participação do "Irmãozinho" é confirmada por Francisco Ananias, f. 103/104,

> ... que (...) 'Irmãozinho' (...) soube que o declarante teria comprado uma Brasília queimada e que então perguntou (...) se não queria vender o chassis, porque o 'João do Pui-Pui' tinha uma Brasília Branca na garagem guardada (...) e que queria colocar a carroceria no 'chassis' (...) que então o declarante passou a fazer sociedade na Brasília trepada com 'Irmãozinho' e que continuou na mesma cor branca e que a montagem (...) do veículo se deu na propriedade do declarante e que (...) foi vendido pelo Irmãozinho a um camarada de Laje do Muriaé e algumas para a cidade de Vieiras e que, segundo informações, encontra-se até o presente momento (...) na garagem de um vizinho do 'Irmãozinho' em Porciúncula - RJ...

Comprovada a participação de ambos no crime cometido por Francisco Ananias, também devem ser condenados, pois, nos termos do art. 29 do Código Penal: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Quanto ao acusado Sérgio Jorge Alves, demonstram os autos que ele adquiriu veículos roubados e os vendeu a Francisco Ananias.

Colhe-se do depoimento deste às f. 49/50:

> ... Há muito tempo Sérgio (...) apareceu na residência do declarante, Fazenda Monte Livre, com um Fusca bege (...) e que foi concretizado o negócio sendo que (...) pagou quinze milhões de cruzeiros, ficando de pagar o restante dez milhões (...) quando o Serginho apresentasse a documentação (...); que até o presente momento não foi apresentada (...); que, posteriormente, Serginho novamente compareceu à propriedade do declarante com um Fusca (...) azul; foi então que (...) percebeu que o primeiro e a segundo veículos eram produtos de furto (...); que, mesmo sabendo (...), assumiu ficar com o veículo (...); que desmanchou o motor desse veículo, fez transação em troca (...); que as peças, lataria e chassis foram vendidos para o Ferro Velho (...); que, posteriormente, Serginho apareceu (...) com um Fusca verde (...) e que (...) ameaçou o declarante que ele tinha comprado dois carros roubados e que tinha que comprar esse (...) e que foi comprado por três milhões (...); Serginho trouxe também uma Brasília verde, que sabia que era produto de furto...

Quanto aos demais acusados, não existem provas nos autos de que tenham participado dos crimes cometidos por Francisco Ananias e seu filho.

Do mesmo modo não existem provas do crime de quadrilha.

Para a configuração deste, não basta que o crime tenha sido cometido por quatro ou mais agentes, é indispensável que tenha havido entre eles um ajuste prévio doloso, estável e permanente.

Deve haver uma coesão de esforços que une as condutas criminosas, embora cada um exerça uma função.

Apesar do envolvimento de outros, não se provou a estabilidade e a permanência, bem como que houvesse um ajuste prévio entre eles.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso interposto pelo réu.

Dá-se provimento parcial ao recurso interposto pelo Ministério Público, para reformar parcialmente a sentença e condenar os acusados Elismar Bizarro Ananias e Luiz Carlos Ribeiro Garcia nas sanções do art. 171 do Código Penal, e Sérgio Jorge Alves, nas sanções do art. 180 do Código Penal, passando à dosimetria da pena.

Para o réu Elismar Bizarro Ananias :

Atendendo-se aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal, vê-se que o acusado tinha pleno conhecimento da ilicitude da sua conduta; não possui antecedentes criminais; possui conduta social adequada ao meio; personalidade desvirtuada, pois compartilha dos atos de desonestidade praticados pelo pai; o motivo do crime é a obtenção de vantagem financeira; as circunstâncias normais para o tipo; conseqüências graves, pois lesa as vítimas, que em nada concorreram para o crime, fixa-se a pena-base em 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, corrigido à época do pagamento.

Embora tenha ele confessado o crime, a pena não pode ser reduzida, pois que fixada em seu mínimo legal.

Inexistindo outras causas atenuantes ou agravantes ou de diminuição e aumento de pena, fica ela concretizada nesse patamar.

Concede-se-lhe o benefício do art. 44 do Código Penal, substituindo-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, em entidade assistencial, a ser indicada pelo Juiz da Vara de Execução Criminal, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, sem prejuízo da jornada normal de trabalho.

Para o réu Luiz Carlos Ribeiro Garcia:

Atendendo-se ao disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, vê-se que o acusado tinha pleno conhecimento da ilicitude da sua conduta; possui antecedentes criminais (f. 632); possui conduta social adequada ao seu meio; personalidade desvirtuada, pois demonstra ser desonesto; o motivo do crime é a obtenção de vantagem financeira, compartilhando dos atos de desonestidade praticados por Francisco Ananias; circunstâncias normais para o tipo, conseqüências graves, pois lesa as vítimas que em nada concorreram para o crime, fixa-se a pena-base em 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo corrigido no momento da execução.

Embora tenha confessado a participação no crime, a pena não pode ser reduzida, pois que fixada em seu mínimo legal.

Inexistindo outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, causas de aumento ou de diminuição de pena, fica ela concretizada nesse patamar.

Concede-se-lhe o benefício do art. 44 do Código Penal, substituindo-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, em entidade assistencial, a ser indicada pelo Juiz da Vara de Execução Criminal, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, sem prejuízo na jornada normal de trabalho.

Para o réu Sérgio Jorge Alves:

Atendendo-se ao disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, vê-se que o acusado tinha pleno conhecimento da ilicitude da sua conduta, possui antecedentes criminais (f. 629 e 650), sendo inclusive reincidente; possui conduta social adequada ao seu meio; personalidade desvirtuada, pois demonstra ser desonesto; o motivo do crime é a obtenção de vantagem financeira, pois adquire o carro por preço baixo; circunstâncias normais para o tipo; conseqüências graves, pois, agindo como receptador, estimula e mantém os crimes de roubo e furto, além de dar prejuízo para a sociedade que é a vítima da sua conduta que contribui para a ação dos ladrões, fixa-se a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo corrigido no momento da execução, concretizando-a nesse patamar, à mingua de circunstâncias atenuantes ou agravantes, causas de diminuição ou aumento de pena.

Não se lhe concede o benefício da substituição da pena, por força do inc. II do art. 44 do Código Penal.

Fica mantida a sentença quanto aos demais réus.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Erony da Silva* e *Paulo Cézar Dias*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NEGANDO-O AO DO RÉU FRANCISCO MARQUES ANANIAS.

-:::-

## PROCESSO PENAL - DENÚNCIA - RECEBIMENTO - REJEIÇÃO POSTERIOR - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - PRECLUSÃO LÓGICA - NULIDADE

**Ementa: Rejeição da denúncia após seu recebimento. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Preclusão lógica sobre a matéria. Decisão que equivale à concessão de *habeas corpus* contra ato do próprio juiz. Nulidade. Prosseguimento do feito. Recurso provido.**

**- É nula a decisão que rejeita a denúncia e tranca a ação penal após já ter sido recebida a exordial acusatória, ocorrendo a preclusão lógica sobre a matéria, equivalendo a mesma a *habeas corpus* concedido contra si mesmo ou contra ato de juiz de mesma categoria, que só pode ser revisto pela instância superior, devendo ser dado normal processamento ao feito, com a posterior prolação de sentença.**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N° 1.0079.04.123671-6/001 - Comarca de Contagem - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Waldyr Pereira de Gouveia - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de março de 2006. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Herculano Rodrigues* - Na 3ª Vara Criminal da Comarca de Contagem, Waldyr Pereira de Gouveia, já qualificado, foi denunciado incurso nas penas do art. 16, IV, da Lei nº 10.826/03, porque, segundo a denúncia, no dia 18.02.04, na Rua Ilhéus, nº 05, Bairro São Luiz, a Polícia Militar, em patrulhamento, apreendeu em seu poder arma de fogo marca Rossi, calibre 32, com numeração raspada, que ele portava em plena via pública, sem permissão ou autorização legal.

A denúncia foi recebida em 4 de março de 2004, f. 29.

A digna Juíza, todavia, invocando o art. 43, I, do Código de Processo Penal, rejeitou-a e, ao mesmo tempo, determinou o trancamento da ação penal, sustentando que a vigente Lei 10.826/03, no seu art. 32, estabeleceu uma *vacatio legis* indireta em relação ao crime de posse de arma de fogo, circunstância geradora da atipicidade da conduta praticada, decisão de f. 66/67.

Irresignada, recorre a Justiça Pública, sustentando, em síntese, que o crime de porte de arma de fogo não foi alcançado pela atipicidade temporária trazida pela nova lei.

As contra-razões abraçam a conclusão da decisão hostilizada, que foi devidamente sustentada.

A douta Procuradoria de Justiça opina pelo provimento do recurso.

No essencial, é o relatório.

A decisão recorrida, que rejeitou a denúncia, mesmo após o seu recebimento, implicou a nulidade dos atos processuais subseqüentes ao ato, tratando-se de situação anômala em nosso ordenamento, pelo que conheço do recurso nos termos do art. 581, XIII, do Código de Processo Penal, presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade.

Examinando os autos, verifica-se que o feito se encontrava na fase instrutória, tendo o Ministério Público insistido na oitiva de uma testemunha, designada audiência para realização do ato.

Tenho entendimento de que, recebida a denúncia, opera-se a preclusão lógica sobre a matéria, decisão esta que é, inclusive, irrecorrível, não cabendo reconsideração para rejeitá-la em momento posterior.

Iniciada a ação penal, deverá a mesma ser ultimada pela sentença, em que poderá o magistrado condenar ou absolver o réu, por qualquer uma das modalidades descritas no art. 386 do Código de Processo Penal, inclusive a atipicidade da conduta, não podendo fazê-lo mediante decisão interlocutória no curso do processo que rejeita a denúncia, revogando decisão anterior, que recebeu a exordial acusatória.

Ao determinar o trancamento da ação penal, está o magistrado concedendo ordem de *habeas corpus* contra ato proferido por si mesmo ou por juiz de idêntica categoria, o que não se admite, patente o equívoco da decisão recorrida, que é nula de plano.

Nesse sentido é a doutrina autorizada de Fernando Capez - *in Curso de Processo Penal*, 8. ed., Saraiva, p. 142 - e Julio Fabbrini Mirabete - *in Processo Penal*, 16. ed., Atlas, p. 150.

Confira-se, ainda, a jurisprudência acerca da matéria:

> Uma vez recebida a denúncia, não pode mais ser rejeitada, modificada ou anulada, em primeira instância. Qualquer equívoco cometido com seu recebimento somente poderá ser corrigido pela instância superior (*RT* 551/372).
>
> Queixa-crime. Rejeição depois de ter sido recebida e processada. Inadmissibilidade. - Não é possível, a não ser em casos extremos como os de ordem pública, sobrepor-se o juiz a outro de idêntica categoria, reformando-lhe a decisão, sobre a qual incide o instituto da preclusão (*RT* 605/318).

Descabe, aqui, qualquer comentário sobre a tipicidade do crime praticado, sendo certo que tal condição deverá ser examinada por ocasião da sentença de mérito, a ser proferida.

Do exposto, dou provimento ao recurso e anulo a decisão que rejeitou a denúncia, determinando seja dado normal prosseguimento à ação penal.

Custas, pelo Estado.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *José Antonino Baía Borges* e *Hyparco Immesi*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**CRIME DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO - TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA - RISCO PERMITIDO - PRINCÍPIO DA CONFIANÇA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - NEXO CAUSAL - PREVISIBILIDADE OBJETIVA - AUSÊNCIA - CULPA PRESUMIDA - INADMISSIBILIDADE - VALORAÇÃO DA PROVA - ABSOLVIÇÃO**

**Ementa: Apelação. Homicídio culposo. Ausência do dever de cuidado objetivo. Não-comprovação. Presunção em prejuízo do réu. Inadmissibilidade. Imprevisibilidade. Culpa exclusiva da vítima. Imputação objetiva. Princípio da confiança. Ações a próprio risco. Absolvição decretada.**

**- A circunstância de o réu, motorista de ônibus, não ter conseguido desviar-se do veículo que, à sua frente, pára completamente, em uma via de trânsito rápido e intenso, mesmo guardando a devida distância e dentro da velocidade permitida para o local, não pode conduzir à presunção de que o acusado agiu com desatenção, sendo imprescindível a presença de elementos probatórios concretos do atuar sem o dever de cuidado objetivo.**

**- A culpa exclusiva da vítima que, atravessando em local impróprio, surpreende os condutores de veículos, ensejando freadas bruscas que causam colisão e o atropelamento do próprio ofendido, afasta a configuração da culpa, seja pela ausência de imprudência, seja pela imprevisibilidade.**

**- Não cria um risco juridicamente desaprovado aquele que, confiando na obediência à legislação de trânsito por parte de pedestres e demais condutores, é surpreendido pelo comportamento da vítima de atravessar em local proibido, determinando o sinistro, visto que a conduta do agente foi guiada pelo princípio da confiança que caracteriza a atuação dentro do risco permitido.**

**- Não se imputa objetivamente um resultado ao agente quando há uma criação de nova relação de risco por parte da vítima ao violar seus deveres de proteção própria.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.01.042560-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Raimundo Martins de Souza - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de maio de 2006. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Solimar Luiz Rossi.

*O Sr. Des. Alexandre Victor de Carvalho* - I - Relatório.

Trata-se de apelação interposta por Raimundo Martins de Souza visando à reforma da sentença que o condenou à pena de dois anos e oito meses de detenção, além da suspensão do direito de dirigir veículos pelo mesmo prazo.

Descrevem os autos que o apelante dirigia o veículo ônibus, Mercedes Benz, placa GTK 7335, pela Av. Amazonas, na altura do trevo que dá acesso ao Anel Rodoviário, sentido BH - Contagem, quando colidiu com a traseira do veículo Fiat Pálio dirigido por Valdir Álvares Maciel e, ato contínuo, acabou por atingir a vítima Afonso Pereira da Silva que atravessava a via urbana, provocando diversos ferimentos que a levaram ao óbito.

Processado nos termos legais, o apelante foi, ao final, condenado, pela sentença monocrática de f. 225/236.

Inconformado, apresenta o acusado recurso de apelação, pugnando pela sua absolvição.

O *Parquet* apresentou contra-razões recursais pugnando pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça, em parecer subscrito pelo Procurador Paulo Calmon Nogueira da Gama, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório

II - Conhecimento.

Conheço do recurso por preencher os pressupostos legais.

III - Mérito.

O apelante requer sua absolvição, alegando que não agiu com imprudência, sendo o acidente culpa exclusiva da vítima.

Entendo que assiste razão à defesa.

O recorrente foi denunciado porque teria dado causa ao sinistro, pois dirigia sem a atenção devida, já que não conseguiu evitar que o ônibus que conduzia se chocasse contra o Fiat Pálio conduzido pela testemunha Valdir Álvares Maciel, que, por sua vez, parou o carro em uma via de trânsito rápido - Avenida Amazonas - para não atropelar a vítima, Afonso Pereira da Silva, que acabou atropelada pelo coletivo dirigido pelo apelante.

Registre-se, inicialmente, que o substrato da imputação dirigida ao acusado reside em uma eventual desatenção na condução do veículo de transporte de passageiros, já que não evitou o abalroamento com o automóvel que parou à sua frente.

Apesar de a denúncia mencionar, equivocadamente, que fora o Fiat Pálio que atingiu a vítima, após colidir na traseira com o ônibus Mercedes Benz conduzido pelo réu, na verdade, foi o referido veículo coletivo que atropelou o ofendido. A exordial descreve, a par desta imprecisão, corretamente os fatos e valora-os considerando o erro do acusado ao não evitar a colisão e, por conseqüência, a morte da vítima.

A sentença guerreada, atribuindo importante valor probatório à perícia realizada na fase inquisitorial, acolheu os argumentos da acusação, considerando, também, que, se o réu tivesse sido mais atento, teria evitado o sinistro.

Pois bem. Após leitura atenta e minuciosa dos autos não me convenci do acerto destes argumentos acusatórios e da certeza de prática de conduta criminosa por parte do réu.

A prova pericial - f. 28/33 - não precisou a velocidade com a qual o réu dirigia o veículo, devendo ser considerada como dentro dos limites normais em função do depoimento da testemunha presencial Joaquim José da Silva, que afirmou “que não sentiu que a velocidade do ônibus estivesse alta para o local, ou seja, Avenida Amazonas” - f. 152.

O acusado esclareceu, em seu interrogatório judicial, que guardava a devida distância do veículo Fiat Pálio, calculando-a, aproximadamente, em seis metros, a partir do momento em que esse automóvel parou.

Podem-se acrescentar mais alguns metros da distância inicial entre os dois veículos, porquanto no instante em que o carro da frente parou o ônibus ainda continuou o seu percurso até o começo de reação do apelante.

A marca de frenagem exposta na fotografia de f. 34 enseja a conclusão de que o apelante acionou os freios bem antes da colisão, tudo confirmando que realmente o acusado guardava distância do veículo Fiat, conforme determina a legislação de trânsito.

A testemunha Valdeir Rodrigues Fernandes, ouvida às f. 132/133, esclarece que o apelante realmente tentou desviar do seu carro, o Fiat Pálio, que estava parado em uma via de trânsito rápido e intenso como a Avenida Amazonas; contudo, não deu tempo para a realização completa da manobra.

Ora, por todo o exposto, entendo que, na verdade, tanto a denúncia como a sentença concluíram, por presunção, que o apelante não dirigia com a devida atenção, já que tal conclusão deriva, exclusivamente, do fato de não ter conseguido frear e desviar do veículo que estava parado à sua frente.

Todavia, tal presunção não é correta. Mais do que chegar à conclusão de que o acidente poderia ter sido evitado se o apelante estivesse mais atento, é necessário provar que a desatenção realmente ocorreu, seja pelo fato de o motorista estar conversando com alguém, ou ter-se distraído ouvindo rádio, ou mesmo, ter adormecido no volante.

Nenhum desses elementos probatórios concretos foi trazido aos autos.

Lado outro, é plenamente possível que, mesmo guardando a devida distância do carro que segue à frente, em uma parada total desse automóvel, como no caso dos autos, não se possa evitar a colisão, em função do tráfego intenso da via urbana e da velocidade permitida para o local.

Nunca devemos desconsiderar que o acidente ocorreu na Avenida Amazonas, altura do trevo com o Anel Rodoviário, um trecho em que o trânsito permitido é rápido, intenso e absolutamente impróprio para a travessia de pedestres.

Portanto, diante da ausência de elementos probatórios mais esclarecedores, pode-se afirmar, sim, a imprevisibilidade do ocorrido, pois, se o apelante, como demonstrado nos autos, dirigia na velocidade permitida para o local, guardando a distância do automóvel que seguia à sua frente, não era previsível que colidisse com um veículo que estaria parado, completamente, em uma via de trânsito tão rápido como a Avenida Amazonas.

Noutro giro, o moderno Direito Penal que se constrói objetivando a real proteção da sociedade não mais fica preso ao rigorismo das teorias elaboradas abstratamente, optando por suas construções frente à situação problemática enfrentada no caso prático.

Nesse diapasão, a imputação objetiva surge para amenizar o rigor da teoria da equivalência dos antecedentes causais - tão criticada pela doutrina penal - criando a categoria da imputação, constituindo-se num dado valorativo e posterior à causalidade meramente física constatada apenas no plano material.

Assim, a imputação objetiva fundamenta-se no denominado princípio do risco, que é conseqüência da ponderação, própria de um Estado de Direito, entre os bens jurídicos e os interesses de liberdade individuais, segundo a medida do princípio da proporcionalidade.

Pressupõe não apenas a relação de causalidade física entre uma conduta e o resultado, mas que esta conduta tenha realizado um perigo fora do âmbito do risco permitido, criado pelo autor dentro do alcance do tipo objetivo.

Significa, portanto, que a relação de causalidade não será comprovada apenas pelo chamado processo hipotético de eliminação de Thyrén, ou seja, se, mentalmente, abstraída a conduta não mais se verificar o resultado é porque está demonstrado o nexo causal.

Agora é necessário, conforme dispõe Claus Roxin em sua magistral obra *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, tradução de Abanto Vásquez, M., Lima, 1997, a criação de um risco jurídico-penalmente relevante ou não permitido ou desaprovado, a realização do risco imputável no resultado lesivo e a infrigência ao fim de proteção do tipo penal ou alcance do tipo.

A imputação objetiva serve para limitar a responsabilidade penal, constituindo-se em um mecanismo para delimitar o comportamento proibido. Ancorada em um sistema coerente de interpretação que se infere da função desempenhada pelo direito penal na sociedade, sua finalidade é analisar o sentido social de um comportamento, precisando se este encontra-se ou não socialmente proibido e se tal proibição é relevante para o direito penal.

Neste sentido, foram elaborados vários critérios negativos da imputação objetiva, ou seja, hipóteses em que não haveria a valoração da conduta como juridicamente relevante para que o resultado a ela seja imputado, entre eles, o que nos interessa para a resolução do caso em tela, o princípio da confiança.

Segundo nos ensina Fernando Galvão - *Imputação Objetiva*, Ed. Mandamentos, p. 65 - "o princípio da confiança foi elaborado para melhor delimitar a idéia da atuação nos limites do risco permitido, sendo inicialmente desenvolvido para aplicação aos delitos de trânsito. Atualmente, este princípio possui aplicação mais abrangente, contemplando todos os casos

de atuação conjunta, em especial nas hipóteses de divisão do trabalho".

Este princípio tem como premissa a consideração de que aquele que se comporta adequadamente pode confiar que os demais também o façam, excetuando-se as hipóteses em que existam motivos para se desconfiar que determinada pessoa irá desobedecer às normas de conduta.

Juarez Tavares, na sua excelente obra *Direito Penal da Negligência* (Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 148) ensina que "ninguém, em princípio, deve responder por ações defeituosas de terceiros, mas, sim, até mesmo pode confiar em que atendam todos os outros aos respectivos deveres de cuidado".

Assim, pode-se concluir que o princípio da confiança autoriza a realização de condutas que criem uma situação de risco, desde que respeitado o dever de cuidado objetivo, com a consideração que as demais pessoas também obedecerão às regras.

No caso específico do trânsito de veículos, ainda segundo Galvão (idem, p. 67) "a fórmula geral do princípio da confiança se expressa no sentido de que aquele que se comporta no trânsito conforme as normas regulamentadoras pode confiar que os demais também o façam, salvo quando existam indícios concretos em contrário".

Claus Roxin, exímio penalista alemão e um dos precursores da teoria da imputação objetiva, citado por Galvão (idem, p. 68), assevera que nem mesmo a violação à infração das regras de circulação impede a aplicação do princípio da confiança, desde que tal violação não tenha repercutido no sinistro.

Ora, no caso em comento, a vítima atravessou uma via de trânsito rápido como a Avenida Amazonas em local impróprio, invadindo a pista de rolamento e surpreendendo os motoristas, como informou a testemunha Valdir Álvares Maciel à f. 184, que, em uma atitude inesperada, teve que parar o seu carro em plena via urbana rápida.

A referida testemunha esclareceu, ainda, que a 200 metros do local do acidente há uma passarela própria para a travessia de pedestres.

Resta claro, pois, que o apelante confiou que a vítima obedeceria às normas de trânsito, que são direcionadas também para os pedestres, e que atravessaria no local próprio, ou seja, a passarela construída para tal fim.

Não havia nenhum outro motivo para desconfiar do ofendido, razão pela qual se impõe a observância do princípio da confiança na hipótese em comento.

Outro argumento que autoriza a absolvição do acusado, ainda no campo da teoria da imputação objetiva, é o que se convencionou chamar de ações a próprio risco.

Cláudia López Díaz, citada por Damásio de Jesus (*in Imputação Objetiva*), afirma que se enquadram nesse grupo de casos as hipóteses em que não se configura uma organização comum de perigo na prática do delito, mas que uma determinada pessoa, no caso a vítima, expõe-se unilateralmente ao risco. É o que se convencionou chamar de auto-exposição a risco.

Um grupo de casos apontados como de ações a próprio risco ocorre quando há uma criação de nova relação de risco por parte da vítima ao violar seus deveres de proteção própria.

*In casu*, com o seu incorreto posicionamento, já citado, a vítima criou uma nova situação de perigo, incrementando o anterior existente, que é a travessia em vias de trânsito rápido, gerando o resultado material que não pode ser atribuído ao apelante, que apenas participou, dentro dos limites do risco permitido.

Assim, seja pela ausência de provas da desatenção na direção de veículo automotor imputada ao apelante, seja pela inadmissibilidade de presunções *in malam partem*, seja pela imprevisibilidade do evento lesivo, seja pela culpa exclusiva da vítima e, por fim, pela teoria da imputação objetiva e pelo princípio da confiança, o apelante deve ser absolvido das imputações contidas na denúncia.

IV - Conclusão.

Por tais considerações, dou provimento ao recurso do apelante, absolvendo-o das imputações contidas na denúncia, com fulcro no art. 386, incisos III e VI, do Código de Processo Penal.

É como voto.

*A Sr.ª Des.ª Maria Celeste Porto* - De acordo.

*O Sr. Des. Vieira de Brito* - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

**ROUBO QUALIFICADO - ARMA DE FOGO - CONCURSO DE PESSOAS - RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA - INTERROGATÓRIO - RÉU PRESO - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO - ADVOGADO - DIREITO À ENTREVISTA - NULIDADE - PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - ARTS. 185, § 2º, 261 E 360 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - LEI 10.792/2003**

**Ementa: Processo penal. Lei nº 10.792/03. Interrogatório. Réu preso. Ausência de citação pessoal e de entrevista reservada com o defensor nomeado. Violação aos arts. 185 e 360 do CPP. Nulidade absoluta.**

**- Com o advento da Lei 10.792/03, a citação de réu preso, segundo a determinação do art. 360 do CPP, com sua nova redação, será sempre pessoal, por mandado ou precatória, em qualquer das hipóteses, estará acompanhada de cópia da denúncia, de modo a propiciar-lhe a mais ampla defesa, sob pena de nulidade. A Lei nº 10.792/03, ao mudar a sistemática do interrogatório, transformou-o em meio de defesa, ensejando a obrigatória participação da defesa técnica, através do advogado constituído pelo réu ou de defensor nomeado para patrocinar a sua defesa, assegurando-lhe o direito à entrevista reservada com o defensor que irá patrocinar sua defesa, sob pena de nulidade absoluta por afronta ao princípio da ampla defesa.**

**Sentença anulada.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0145.04.128061-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: C.R.S.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

**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 A PRELIMINAR DA DEFESA E ANULAR O PROCESSO DESDE O INTERROGATÓRIO, INCLUSIVE.

Belo Horizonte, 20 de junho de 2006. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Antônio Armando dos Anjos* - Perante o Juízo da Comarca de Juiz de Fora, C.R.S.M. e J.M.O., alhures qualificados, foram denunciados pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia (f. 02-04), que, no dia 05.01.2004, por volta das duas horas, na residência situada na Rua Doardino Longo, Bairro Barbosa Lage, na cidade de Juiz de Fora, os denunciados, agindo em união de desígnios com um indivíduo identificado como "C.", subtraíram, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e faca, após restringirem a liberdade da vítima R.L.M., vulgo "R.", os bens descritos no auto de apreensão e ainda um aparelho de DVD, um videocassete e um monitor de cinco polegadas.

Segundo o que se apurou, os denunciados e seu comparsa planejaram subtrair objetos da residência da vítima, dividindo as tarefas da seguinte forma: J.M. e C., de posse de um revólver, cor preta, e de uma faca, respectivamente, adentrariam na residência e subtrairiam os objetos, enquanto "C." ficaria vigiando a rua.

Consta ainda da peça acusatória que, depois de anunciado o assalto, mediante violência e grave ameaça, renderam a vítima e a trancaram em um cômodo da residência, enquanto os denunciados subtraíam os objetos que guarneciam a casa. Ato contínuo, os denunciados, de posse da *res*, evadiram-se do local, tomando rumo ignorado.

O processo foi desmembrado em relação ao acusado José Maurício de Oliveira, conforme certidão de f. 66.

Regularmente processado, ao final, sobreveio a r. sentença (f. 107-112), julgando parcialmente procedente a denúncia, para condenar C.R.S.M. como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, fixado no mínimo legal.

Inconformado com a r. sentença condenatória, a tempo e modo, interpôs o acusado regular recurso de apelação (f. 116). Em suas razões recursais (f. 119-126), alega a defesa, em preliminar, nulidade do processo, porquanto não foi concedido ao acusado o direito à entrevista reservada com o seu defensor nomeado no ato do interrogatório, impossibilitando-lhe, assim, o direito de exercer a autodefesa. No mérito, sustenta que não há nos autos prova suficiente para embasar a condenação do apelante, já que a vítima teria simulado o assalto; pugna pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Por fim, alega que o il. Sentenciante não observou o critério trifásico na aplicação das reprimendas e que a reincidência foi duplamente valorada.

Em contra-razões (f. 127-137), o Ministério Público de primeiro grau pugna pela manutenção da r. sentença hostilizada.

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar, em parecer da lavra do Dr. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva (f. 142-144), opina pelo acolhimento da preliminar argüida pela defesa e pelo conhecimento do recurso.

Sob a inspiração do breve, é o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Preliminar da defesa. *Ab initio* examino a preliminar de nulidade do processo, porquanto ao acusado não foi assegurado o direito à entrevista reservada com o defensor nomeado no ato do interrogatório.

Como sabido, entrou em vigor no dia 02 de dezembro de 2003 a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, alterando vários artigos do Código de Processo Penal, dentre eles, os arts. 185 e seguintes, incidindo na questão da defesa técnica (art. 261) e na citação do réu preso (art. 360), aqui, para determinar que, "se o réu estiver preso, será pessoalmente citado", afastando a antiga discussão sobre tal necessidade ou sobre a regularidade da simples requisição ao diretor do estabelecimento penal.

Em verdade, abriu-se mais uma oportunidade de defesa ao acusado, e não unicamente um meio de prova.

Antes dispunha o artigo 185 do CPP: "O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado".

Hoje, com a nova redação dada pela referida lei, dispõe o *caput* do artigo 185 do CPP: "O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado".

Logo, como se vê, a nova regra assegura maior amplitude de defesa, na medida em que

passa a exigir que o interrogatório se realize na presença de defensor, constituído ou nomeado, não prevalecendo mais o posicionamento de que o interrogatório é ato exclusivo do juiz, embora esta tese tivesse sido combatida por vários doutrinadores.

Antes da Lei nº 10.792/03, não era exigido o defensor no ato do interrogatório, pois não havia previsão legal. Entretanto, este dispositivo foi modificado pela nova lei.

Hoje, determina o § 2º do art. 185 que: "Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor".

Trata-se de uma obrigação, e não mera faculdade do juiz, pois a lei assegura ao acusado o direito de entrevista reservada, momento em que poderá receber orientação técnica de seu defensor, nomeado ou constituído, a lhe propiciar maior segurança e meios de defesa.

No caso vertente, verifica-se que o interrogatório do apelante ocorreu no dia 30 de março de 2005 (f. 64), estando em plena vigência a Lei nº 10.792/03.

Entretanto, embora estivesse em vigor a nova lei, ao acusado, além de não ter sido dado o direito de ser citado previamente para o interrogatório, não lhe foi concedido o direito de entrevista reservada com seu defensor *ad hoc*, impossibilitando-lhe, assim, o direito de exercer a autodefesa. Logo, restou violado o disposto no § 2º do art. 185 do CPP, que exige a presença do defensor do réu no interrogatório, bem como o direito à entrevista reservada.

Sobre o assunto, permito-me trazer à colação a orientação doutrinária:

> A nulidade, pela não-observância do referido dispositivo, então, será absoluta, e não mais relativa, como nos parecia. Pensávamos tratar-se de nulidade relativa em razão de não haver - antes da Lei nº 10.792/03 - a possibilidade de intervenção da defesa no curso do interrogatório. Agora, como, além de garantida essa participação, condicionada unicamente ao exame da pertinência e relevância das perguntas (art. 188, CPP), é também assegurado o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor (art. 185, § 2º, CPP), parece irrecusável a nulidade absoluta do processo por violação ao princípio da ampla defesa - participação da defesa técnica - explicitado nos dispositivos antes mencionados (Eugênio Pacelli de Oliveira. *Curso de Processo Penal* 5. ed., 2ª tir. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2005, p. 323).
>
> Do direito do réu à entrevista prévia com o seu advogado. - O direito do réu entrevistar-se com seu advogado antes do interrogatório já era previsto no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é consignatário. Entretanto, alguns autores sempre entenderam que a entrevista prévia do defensor com seu cliente antes do interrogatório judicial não era obrigatória. Havia inclusive alguns julgados nesse sentido (TJSP *in JTJ* 227/355; TACRSP *in RT* 744/585).
> Ocorre que, com o advento da Lei 10.792/2003, que acrescentou o § 2º ao art. 185 do CPP, tal discussão caiu por terra, pois o referido dispositivo legal claramente determina que o juiz deverá assegurar o direito de entrevista do acusado com seu defensor, antes da realização do interrogatório.
> Note-se que a lei fala apenas que o "juiz assegurará o direito de entrevista reservada", o que significa dizer que, se o réu e defensor não quiseram exercer tal direito, nenhuma nulidade haverá no processo.
> Como se sabe, o interrogatório possui natureza mista, pois, além de servir como meio de prova, serve também como meio de autodefesa do acusado. É no interrogatório que o réu terá a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos, de modo que a entrevista do acusado com seu defensor, antes de ser interrogado, é medida da mais alta importância, pois um interrogatório bem feito pode muitas vezes conduzir a uma absolvição do acusado (Marcos Vinícius Linhares Constantino da Silva. *O que mudou no interrogatório após o advento da Lei nº 10.792/2003*. Texto disponível em: Jus Navigandi. Teresina, ano 8, n. 163, 16 dez. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.em.br/doutrina/texto.asp?id=4615> Acesso em: 10 nov. 2005).

No mesmo sentido, a orientação jurisprudencial:

*Habeas corpus*. Processual penal. Crime de homicídio duplamente qualificado. Ausência de defensor no interrogatório. Nulidade absoluta. Cerceamento de defesa. Constrangimento evidenciado. Sentença de pronúncia. Excesso de fundamentação. Análise prejudicada.
- 1. Conquanto não se vislumbre na espécie nenhum prejuízo efetivo para o réu, na medida em que se limitou a negar os fatos e a autoria, e, ainda que o fato seja atribuível à atitude do próprio paciente, que dispensou a entrevista prévia com o defensor dativo, motivando a realização do interrogatório sem a sua presença, cuida-se a providência *sub examine* de formalidade essencial corolária do princípio da ampla defesa e do devido processo legal.
- 2. Dessa forma, uma vez realizado o interrogatório sob a égide do mencionado regramento, já que o processo em tela teve início no ano de 2004, resta evidenciada a nulidade, a qual, por ser de natureza absoluta, não se convalida com a inércia das partes ou mesmo com a ausência de prejuízo concretamente aferível, ou ainda com a prolação da sentença, contaminando todos os atos decisórios a partir de então.
- 3. Resta, assim, prejudicada a análise de eventual excesso de fundamentação na pronúncia, tendo em vista a nulidade ora reconhecida.
- 4. Ordem parcialmente concedida para anular o interrogatório do réu, realizado sem a presença de seu defensor, e todos os atos decisórios a partir de então, mantendo, contudo, a custódia cautelar decretada (STJ, 5ª Turma, *HC* 44.417/MS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, v.u., j. em 15.09.2005; *in DJU* de 10.10.2005, p. 407).

Após o advento da Lei nº 10.792/03, obrigatória é a presença do defensor do acusado, inclusive para fins de entrevista prévia com o réu. Art. 185, CPP. Não observado referido direito fundamental do agente, que se liga à ampla defesa e ao devido processo legal, há nítido prejuízo ao acusado, que não tem a faculdade de se ver melhor orientado acerca dos fatos delitivos, restando afirmada a nulidade do ato e dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência. Art. 563, CPP (TJMG, 4ª C.Crim., *HC* 446.716-7, Rel. Des. Ediwal José de Morais, v.u., j. em 24.03.2004).

A Lei 10.792/2003 tornou obrigatória a presença do defensor no interrogatório do réu (art. 185 do CPP), inclusive assegurando entrevista reservada antes do ato judicial, cuja realização não pode ficar ao critério do réu, que não tem capacidade técnica para dispensá-la e nem do processante, que não pode deixar de nomear advogado ao réu. Havendo excesso de prazo na formação da culpa, em face da anulação do processo, sem culpa da parte ré, impõe-se o relaxamento da prisão (TJMG, 1.ª C.Crim., EI nº 1.0878.03.002759-2/002(1), Rel. Des. Sérgio Braga, j. em 22.03.2005; *in* DJMG de 05.04.2005).

Portanto, a Lei nº 10.792/03, ao mudar a sistemática do interrogatório, transformou-o em meio de defesa, ensejando a obrigatória participação da defesa técnica, através do advogado constituído pelo acusado ou de defensor nomeado para patrocinar a sua defesa, assegurando-lhe o direito à entrevista reservada com o defensor que irá patrocinar sua defesa, sob pena de nulidade absoluta por afronta ao princípio da ampla defesa.

Outrossim, verifico que o apelante também não foi pessoalmente citado, conforme determina o art. 360 do Código de Processo Penal, ocorrendo, assim, nulidade absoluta do processo.

Com efeito, tendo a lei dado nova redação ao art. 360, todo acusado preso deverá ser citado pessoalmente. Assim, estando o acusado na sede da jurisdição da ação penal, sua citação será por mandado, e quando estiver em outra jurisdição, por precatória. Nesse sentido, manifesta a doutrina:

> De agora em diante, com a nova redação do art. 360, todo réu preso, esteja onde estiver, deverá ser citado pessoalmente, por mandado (quando na sede da jurisdição da ação penal em curso) ou por precatória (quando em outra jurisdição) (Eugênio Pacelli de Oliveira. *Curso de Processo Penal*, 5. ed., 2ª tir., rev., ampl. e atual., Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2005, p. 467).

> Ampla defesa e contraditório: essa causa de nulidade - ausência de citação - é corolário natural dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Naturalmente, sem ser citado ou se a citação for feita em desacordo com as normas processuais,

> prejudicando ou cerceando o réu, é motivo para anulação do feito a partir da ocorrência do vício. Trata-se de nulidade absoluta (Guilherme de Souza Nucci. *Código de Processo Penal Comentado*, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora RT, 2004, p. 837).

A jurisprudência, inclusive deste Tribunal de Justiça, assim se tem pronunciado:

> Apelação criminal. Réu preso. Ausência de citação para interrogatório. Nulidade. Art. 360 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei nº 10.792/2003. - Com efeito, não se poderá agora admitir que o réu preso deverá ser simplesmente "requisitado", dispensando-se a apresentação do mandado de citação pessoal, como entendia a jurisprudência anterior à Lei nº 10.792/03, que modificou o art. 360 do CPP (TJMG, 2ª C.Crim., ApCrim nº 1.0261.04.028868-8/001(1), Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, v.u., j. em 06.10.2005; *in* DJMG de 09.11.2005).

> Processo penal. Réu preso. Citação pessoal. Ausência. Vício insanável. Nulidade absoluta. Reconhecimento de ofício. Anulaçâo do feito desde a requisição. Inteligência dos artigos 360 e 564, III, e, ambos do CPP.
> - A não-citação pessoal do réu recolhido ao cárcere, em atenção às determinações da nova redação do art. 360, CPP, constitui vício insanável, que acarreta o reconhecimento da nulidade absoluta do feito, desde a requisição, inclusive.
> Processo anulado (TJMG, 5ª C.Crim., ApCrim nº 2.0000.00.493885-0/000, Rel. Des. Hélcio Valentim, v.u., j. em 16.08.2005).

> Processual penal. Crime contra o patrimônio. Roubo majorado. Réus presos. Requisição. Imprescindibilidade do mandado. Ausência de citação válida. Nulidade absoluta.
> - Em interrogatórios realizados após o advento da Lei 10.792/03, é imprescindível a citação do réu preso por mandado, não sendo a mesma suprida pelo seu simples comparecimento em Juízo, quando requisitado à autoridade policial, uma vez que tal conduta não lhe garante a ampla defesa e o contraditório naquele ato processual.
> - Processo anulado, de ofício, a partir de f. 51, inclusive, e recomendação feita (TJMG, 5ª C.Crim., ApCrim nº 2.0000.00.511610-3/000, Rel.ª Des.ª Maria Celeste Porto, v.u., j. em 25.10.2005).

Logo, tendo entrado em vigor a Lei 10.792/03, estando o réu preso na sede da jurisdição da ação penal, sua citação será por mandado e, quando estiver em outra jurisdição, por precatória. Em ambos os casos, será acompanhado(a) de cópia da denúncia para ser entregue ao mesmo, dando-lhe prévio conhecimento do inteiro teor da acusação, sob pena de nulidade.

Sendo assim, não é mais aceitável que o acusado seja apenas cientificado da imputação que lhe é feita no momento em que é conduzido para seu interrogatório, por violação ao citado artigo 360 do CPP.

Deste modo, o acusado preso deverá ser citado pessoalmente, antes do ato do interrogatório e, somente depois, deverá ser requisitado junto à autoridade policial, para acompanhamento do interrogatório, possibilitando, contudo, a ampla defesa.

Portanto, os vícios aqui mencionados constituem hipótese de nulidade absoluta do processo, por violação ao princípio da ampla defesa, pois o apelante, além de não ter sido pessoalmente citado, não teve assegurado o direito de entrevista reservada com seu defensor.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, acolho a preliminar para anular o processo, a partir do interrogatório, inclusive, por não ter sido oportunizado ao apelante o direito à entrevista reservada com o defensor que lhe foi nomeado e por ausência de citação regular válida, devendo o mesmo ser pessoalmente citado por mandado ou precatória (art. 360, CPP), em ambos os casos, acompanhado(a) de cópia da denúncia para ser entregue ao mesmo, dando-lhe prévio conhecimento do inteiro teor da acusação. Por ocasião do novo interrogatório, na hipótese de o acusado não ter condições de contratar um causídico, que lhe seja nomeado defensor público, assegurando-lhe o direito de entrevista reservada com o defensor nomeado antes da realização do interrogatório.

Por fim, a prevalecer este entendimento na douta Turma Julgadora, anular o processo desde o interrogatório, inclusive, resulta em

excesso de prazo na instrução, razão por que, em *habeas corpus* de ofício, concedo ao apelante a liberdade provisória, mediante compromisso de comparecer a todos os atos do processo, expedindo-se alvará de soltura em favor do mesmo, se por al não estiver preso.

É como voto.

*O Sr. Des. Vieira de Brito* - De acordo.

*O Sr. Des. Hélcio Valentim* - No julgamento do presente recurso, acompanho o voto do ilustre Relator. Todavia, não posso fazê-lo sem deixar registrada uma ressalva em meu posicionamento.

Ao meu modesto sentir, a não-observância do disposto no § 2º do art. 185 do CPP é nulidade relativa, não absoluta.

Não me assombram dúvidas de que a ausência de advogado na audiência de interrogatório e de que a falta de citação regular do réu, ainda que preso e requisitado, são nulidades absolutas, mas não admito, lado outro, que se tenha por absoluta, também, a nulidade que decorra do descumprimento do disposto no citado § 2º do art. 185 do CPP, desde que presente à audiência o defensor.

José Theodoro Corrêa de Carvalho, Promotor de Justiça em Brasília, Professor de Direito Processual e membro da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, em artigo disponível na internet, com lógica, tem a entrevista com o advogado como um direito do réu, não um dever. Escreveu Sua Exa.:

> Quanto à entrevista prévia, não exige a lei que a mesma seja realizada, tratando-se, em verdade, de direito (e não dever) do réu a possibilidade de entrevistar-se com seu patrono antes da realização do ato. Se já tiverem conversado em data pretérita ou se não quiser o réu exercer esse direito, nada obsta que o interrogatório seja realizado sem a entrevista imediatamente anterior à sua oitiva (www1.jus.com.br/doutrina).

É verdade!

Impossível admitir a hipótese de o interrogatório não se realizar porque o réu se nega a entrevistar-se com advogado, o que torna o ato mera faculdade, decorrendo daí a conclusão lógica de que a nulidade é mesmo relativa.

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, já enfrentou situação semelhante, quando firmou:

> O réu tem direito a aconselhar-se com terceiro, inclusive advogado, para orientá-lo para a explicação verbal. Cumpre evitar a surpresa. O réu poderá, sem qualquer censura, dar a versão que lhe pareça melhor, tem direito à mentira porque não é obrigado a auto-acusar-se. Urge, entretanto, atender à finalidade do instituto: impedir prejuízo para o acusado. Se o interrogatório não prejudicou o réu, não faz sentido declarar a nulidade (STJ - REsp 54781-4 - Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro - *DJU* de 26.02.1996, p. 4.093).

Já reconhecendo o direito que viria a ser escrito muitos anos depois, o destacado Min. Cernicchiaro analisou o instituto com o acerto de sempre, concluindo que ele deve servir a evitar prejuízo ao acusado.

Difícil não lembrar, ainda, o teor do Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

No caso específico, contudo, acompanho o voto do eminente Desembargador Relator, uma vez que a não-realização de entrevista prévia derivou da ausência de citação pessoal, e este último fator, como dito, constitui nulidade absoluta.

É como voto.

*Súmula* - ACOLHERAM A PRELIMINAR DA DEFESA E ANULARAM O PROCESSO DESDE O INTERROGATÓRIO, INCLUSIVE.

-:::-

## LESÃO CORPORAL GRAVE - DEFORMIDADE PERMANENTE - AUTORIA - MATERIALIDADE - PROVA - LEGÍTIMA DEFESA - NÃO-CONFIGURAÇÃO - AGRESSÃO ATUAL OU IMINENTE - INEXISTÊNCIA

**Ementa: Apelação criminal. Lesão corporal de natureza grave. Deformidade permanente. Autoria e materialidade comprovadas. Excludente da legítima defesa. Não-configuração. Ausência do requisito da atualidade. Sentença mantida. Recurso desprovido.**

**- Não age em legítima defesa quem, após ser agredido, mune-se de uma enxada, retorna ao encalço do agressor e o atinge, sem que haja qualquer indício de que a atitude hostil teria prosseguimento, pois, nesse caso, está ele a repelir agressão passada, e não um perigo atual ou iminente.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0287.03.013614-0/001 - Comarca de Guaxupé - Apelante: Carlos Alberto Aparecido da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Assistente do Ministério Público - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2006. - *Edelberto Santiago* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Edelberto Santiago* - Carlos Alberto Aparecido da Silva, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 129, § 1º, incisos I e II, do Código Penal, porque, na tarde de 02.08.03, no interior do estabelecimento comercial conhecido como "Chácara de Nádia", situado na Avenida Valdomiro Ribeiro, nº 1.500, Município de Guaxupé-MG, agrediu a vítima Jefferson Flamini Vasconcelos, causando-lhe lesões corporais de natureza grave, que o incapacitaram para as ocupações habituais por mais de 30 dias e o expuseram a perigo de vida.

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Guaxupé, julgando parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenou-o como incurso nas sanções do art. 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal, a cumprir a pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto.

Irresignado, recorreu, pugnando pelo reconhecimento da excludente da legítima defesa, ao argumento de que agiu para se defender de uma agressão atual praticada contra si.

Contra-arrazoando o recurso, o RMP se bate pela manutenção da decisão. A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra do ilustre Procurador Luiz Antônio Sasdelli Prudente, opina pelo parcial provimento do apelo, para que seja concedido ao réu o direito de aguardar em liberdade o julgamento da presente apelação.

É, em síntese, o relatório.

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

No mérito, a meu sentir, merece subsistir o r. *decisum* hostilizado.

Narra-se que, no dia 02.08.03, no interior do estabelecimento comercial conhecido por "Chácara de Nádia", apelante e vítima se desentenderam verbalmente em razão da utilização de uma máquina de som, passando, em seguida, ao embate físico. Cessada a contenda, por força da intervenção de terceiros, o acusado, com escopo vingativo, muniu-se de um cabo de enxada e, dirigindo-se até a vítima, desferiu-lhe um potente golpe na cabeça, produzindo-lhe ferimentos de natureza grave.

A materialidade delitiva se consubstancia no exame de corpo de delito de f. 54/55 e 68 e no laudo médico de f. 61, em que se comprovou a ocorrência de lesão frontal esquerda com afundamento ósseo do crânio e exposição de massa encefálica, resultando em deformidade permanente na face, com prejuízo da estética.

Não obstante induvidosa a autoria, especialmente em face da confissão do apelante (f. 07/09 e 60/61), sustenta-se, na defesa, que o mesmo, utilizando-se dos meios de que dispunha, apenas repeliu a agressão perpetrada pela vítima e seus amigos.

Vejamos as declarações do réu perante o juízo:

> (...) surgiu uma discussão entre o interrogado e a vítima, porque o interrogado queria colocar uma ficha na máquina de som, já pretendendo ir embora, enquanto a vítima disse que queria colocar vinte fichas; que, nessa discussão, acabou que a vítima lhe deu um tapa na cara, empurrando sua cabeça contra a parede; que nisso ali juntaram mais três rapazes, os quais vieram na direção do interrogando, aparentemente para agredi-lo, daí tendo saído do local, em direção a uma cerca próxima; que mesmo assim a vítima e os três rapazes vieram atrás de si, tendo sido aí que, não tendo como escapar, apoderou-se de um pedaço de madeira que pensou ser um cabo de enxada e parou, tendo percebido logo em seguida que a enxada estava presa ao cabo; que, enquanto isso, os quatro rapazes continuaram a investir contra o interrogando, na tentativa de espancá-lo, daí tendo usado aquele instrumento como meio de defesa(...) (f. 62/63).

Diversamente do sustentado na defesa, a desmerecer tal versão, há farta prova testemunhal de que o apelante se armou de uma enxada e se dirigiu até a vítima, sem dizer sequer uma palavra, bem como de que o ato não mais se justificava, pois os ânimos já se tinham acalmado na ocasião de sua aparição e não havia qualquer indício de que a atitude hostil teria prosseguimento.

Merece registro, no tocante, o depoimento da testemunha Carlos Heron da Silva Júnior (f. 75):

> Que em dado momento viu que começou um empurra entre a vítima, acusado e outras pessoas que lá se achavam, não sabendo dizer por que motivo; que o entrevero cessou e o depoente ficou por ali, na companhia de Jefferson (vítima), até que, momentos depois, este, a vítima, dirigiu-se ao balcão para pagar uma cerveja, já para ir embora, tendo o depoente ido com ele; que Jefferson saiu dali do balcão primeiro e, quando se encontrava na varanda, foi atingido por uma pancada que lhe acertou a cabeça, tendo caído (f. 78).

No mesmo sentido os testemunhos de Leandro Castro Requena (f. 76), Edimar Luiz Neto (f. 77) e Nádia Favero (f. 39/40), que presenciaram o desenrolar dos fatos.

Em um contexto tal, afastada está a legítima defesa, porquanto ausente o requisito da atualidade ou iminência da agressão (art. 25 do CPB), como concluiu, a meu sentir, acertadamente, o e. Julgador monocrático.

Destarte, ausentes os elementos ensejadores da excludente, deve o agente responder pelo crime a ele imputado.

Tardia, por fim, a irresignação dirigida à expedição do mandado de prisão por ocasião da sentença, pois, uma vez mantida a decisão condenatória, em seus próprios termos e fundamentos, deverá o réu dar início à execução da pena que lhe fora imposta.

Mercê de tais considerações, e rendendo vênia à douta Procuradoria de Justiça, nego provimento ao recurso, para manter, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Eduardo Brum* e *Gudesteu Biber*.

*Súmula* - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**DESAFORAMENTO - TRIBUNAL DO JÚRI - IMPARCIALIDADE - DÚVIDA - PROVA - INDÍCIOS - AUSÊNCIA - INDEFERIMENTO DO PEDIDO**

**Ementa: Desaforamento. Dúvida sobre a imparcialidade do Júri. Informações do juiz.**

**- Para que seja quebrada a regra geral de competência, é necessário que haja prova segura da parcialidade dos jurados, não bastando simples dúvida de caráter subjetivo do defensor ou do próprio réu.**

**- As informações do magistrado local são de suma importância na decisão do pedido de desaforamento, já que, sendo imparcial e estando mais próximo do fato e das pessoas nele envolvidas, tem visão mais abrangente da questão.**

**- Se o juiz afirma ser o Tribunal do Júri imparcial, não há razão a justificar o pedido de desaforamento.**

**Pedido indeferido.**

DESAFORAMENTO N° 1.0000.06.432282-9/000 - Comarca de Novo Cruzeiro - Requerente: José Coelho Barbosa - Requerido: J.D. da Comarca de Novo Cruzeiro - Relator: Des. GUDESTEU BIBER

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM INDEFERIR O PEDIDO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 28 de março de 2006. - *Gudesteu Biber* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Gudesteu Biber* - Na Comarca de Novo Cruzeiro, José Coelho Barbosa, já qualificado nos autos, foi pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, porque, no dia 12 de julho de 2004, por volta das 22h15m , na Rua Valmiro da Silva Cata Preta, nº 70, lote vago, próximo da Escola Estadual, a mando de um advogado militante na comarca, efetuou vários disparos de arma de fogo contra a vítima Carlos Borges dos Santos, causando-lhe as lesões descritas no laudo de necropsia de f. 120, que, por sua natureza e sede foram a causa eficiente de sua morte.

Devidamente libelado e encontrando-se o processo em vias de ser incluído na próxima sessão do Tribunal do Júri da Comarca, pediu ele, através de advogado, o desaforamento do julgamento para a Comarca de Teófilo Otoni, ao argumento de que a cidade fez manifestação de repúdio a ele, tendo em vista que a vítima era professor de química com grande influência na sociedade local, além de que lecionava na mesma escola onde o requerente trabalhava como serviçal, e que tais manifestações foram feitas em frente ao fórum da comarca, de forma direta ao Juiz, sendo que tais manifestações públicas e proferidas com palavras de ordem, assim de forma direta, declararam aos membros do Conselho de Sentença a sua parcialidade, estando portanto, vulneráveis a servirem e comporem o Conselho de forma imparcial (f. 02/06).

Nas informações que presta, o MM. Juiz informa, em resumo, que não existem razões objetivas para se acreditar na parcialidade do Júri. Diz que, à época dos fatos, houve realmente muito protesto por parte da sociedade, indignação e revolta, abalando sensivelmente a ordem pública, de certa forma restabelecida com a pronta atuação estatal, e que, decorrido mais de um ano dos fatos e com todos os envolvidos presos, com o processo tramitando regularmente, aquele alarde inicial já não mais existe. Alega, ainda, que o caso ganhou repercussão nacional, pois um dos acusados, o advogado Olinto Padroeiro, fugiu da delegacia de Teófilo Otoni, onde estava recolhido, e somente foi recapturado após divulgação pelo Programa “Linha Direta” da Rede Globo, e que um

dos envolvidos já foi julgado e condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca.

A douta Procuradoria de Justiça, através de parecer do preclaro e culto Dr. Antônio José Leal, opina pelo indeferimento do pedido.

É, em apertada síntese, o relatório.

Decide-se:

A dúvida sobre a imparcialidade do Júri, para autorizar a derrogação da regra geral da competência territorial, deve ser provada ou, pelo menos, trazer indícios incontestes que lhe dêem fundamento. Não basta a dúvida de caráter meramente subjetivo do réu ou de seu patrono.

Por isso que as informações do juiz, eqüidistante sempre dos interesses em conflito, imparcial por natureza, mais próximo do local e conhecedor dos fatos e das pessoas envolvidas, tem um peso excepcional no julgamento.

No caso, o próprio Juiz, com a firmeza dos bons magistrados, diz categoricamente que inexistem notícias de parcialidade do Júri.

Como bem se posiciona Fabbrini Mirabete (*Código de Processo Penal Interpretado*, p. 508, Atlas, 1994), forte nas lições do Pretório Excelso, "Cabe dar prevalecimento às informações do juiz em desaforamento por motivo de dúvida sobre a imparcialidade do Júri (*RT* 592/409); "As informações do Juiz de direito da comarca são preciosas em sede de desaforamento, pois conhece ele seus jurisdicionados, com os quais está em contato, não ignorando seus sentimentos, tendências, reações e normas de conduta. Deve, por isso, ser dado crédito à sua manifestação" (*RT* 595/325)".

Meras conjecturas sobre a imparcialidade ou não dos jurados, por bem arquitetadas que sejam, não autorizam a medida excepcional do desaforamento, pois, como já teve o Pretório Excelso oportunidade de enfatizar,

> o desaforamento - que atua como causa derrogatória da competência territorial do Júri - reveste-se de caráter de medida absolutamente excepcional. O réu deve ser julgado no lugar em que supostamente cometeu o delito que lhe foi imputado. A mera alegação de parcialidade dos jurados, desacompanhada de qualquer comprovação idônea e eficaz, não basta para justificar o desaforamento. As manifestações do juiz, em informações atualizadas e precisas, revelam-se de fundamental importância - ante a idoneidade de que se reveste a sua opinião - na apreciação do pedido de desaforamento, que só deve ser concedido quando houver prova inequívoca de que ocorre qualquer dos pressupostos taxativamente referidos no artigo 424 do Código de Processo Penal (STF, *HC* nº 70.228-7-RS, Rel. Min; Celso de Mello, *DJU* de 04.06.93, p. 11.013).

No mesmo sentido o julgamento do *HC* nº 65.625-1-GO, de que foi Relator o eminente Ministro Moreira Alves (*DJU* de 11.03.88, p. 4.741), cuja ementa transcrevo:

> *Habeas corpus* - Júri - Pretensão de desaforamento.
> - Inexistência, no caso, de fatos objetivos que demonstrem a ocorrência de ameaça à ordem pública ou à segurança do réu.
> - As normais repercussões que são geradas pelo crime e que são atenuáveis com o correr do tempo não são aptas a permitir, por si só, o desaforamento sob alegação de parcialidade dos jurados.
> - *Habeas corpus* indeferido.

No caso concreto, como bem enfatizou o culto Procurador de Justiça,

> ... se o argumento do requerente é de que há professores, colegas da vítima, no Conselho de Sentença e que poderão ser sorteados para o julgamento, não há como ele ficar livre disto, uma vez que, em qualquer Tribunal do Júri deste País, onde ele for julgado, haverá um ou outro professor na lista geral de jurados, posto que as escolas públicas ou particulares, são o celeiro de jurados em todas as comarcas, como é sabido.

E acrescento que o critério de escolha de jurados é por sorteio, sendo certo que o defensor do requerente tem a faculdade de rejeitar três deles.

Assim, e acolhendo na íntegra o lúcido parecer da Procuradoria de Justiça, indefiro o

presente pedido de desaforamento feito por José Coelho Barbosa, mantendo seu julgamento a cargo do Tribunal do Júri da Comarca de Novo Cruzeiro.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Edelberto Santiago* e *Sérgio Braga*.

*Súmula* - À UNANIMIDADE, INDEFERIRAM O PEDIDO.

-:::-

**ROUBO QUALIFICADO - EMPREGO DE ARMAS - CONCURSO DE PESSOAS - SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO - PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - NULIDADE - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - ADMISSIBILIDADE - ATENUANTE - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - REINCIDÊNCIA - PREPONDERÂNCIA - ARMA DE FOGO - PROVA - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - TESTEMUNHA - VOTO VENCIDO - ART. 67 DO CÓDIGO PENAL**

**Ementa: Roubo. Sentença. Fundamentação existente. Nulidade afastada. Pena-base. Fixação acima do mínimo. Possibilidade. Art. 67 do CP. Alcance. Uso de arma. Prova. Voto parcialmente vencido.**

**- É fundamentada a sentença quando o juiz demonstra, de forma clara e individualizada, a incidência no caso concreto dos elementos do art. 59 do CP para a fixação da pena-base aos acusados, o que lhes possibilita recorrer amplamente de todos os termos do édito condenatório.**

**- Configurada a alta periculosidade dos acusados, a motivação ignóbil do crime e as circunstâncias maléficas à sociedade inerentes à sua prática, resulta correta a fixação da pena-base dos acusados acima do mínimo legal.**

**- A agravante da reincidência haverá de preponderar sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do CP, consoante reiterado entendimento jurisprudencial.**

**- A qualificadora prevista no inciso I, § 2º, do art. 157 do CP pode ser comprovada por outros meios na ação penal, caso não seja encontrada a arma usada no roubo.**

**- V.v.: - A base efetiva da incriminação do emprego de arma de fogo reside na sua real capacidade lesiva, que, não aferida por qualquer elemento de prova, desemboca no desprezo da majorante.** (*Des. Eli Lucas de Mendonça*)

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.03.086174-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Jorcelino Sodré de Souza, Alessandro da Silva Cavalcante - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR À UNANIMIDADE E NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR REVISOR.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2006. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Delmival de Almeida Campos* - Trata-se de recurso de apelação intentada por Jorcelino Sodré de Souza e Alessandro da Silva Cavalcante contra sentença que julgou procedente

a denúncia apresentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenando-os ao cumprimento de nove anos e quatro meses de reclusão, no regime fechado, bem como ao pagamento de quarenta e sete dias-multa, por terem incorrido nas sanções do art. 157, § 2º, II, do CP.

As razões recursais dos acusados, a resposta do RMP e a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram explanadas, sumariamente, no relatório de folhas.

Conhece-se do recurso, por atenderem aos seus pressupostos de admissibilidade.

Em preliminar, os apelantes apontam a nulidade da sentença, pois o Magistrado singular não fundamentou a sua decisão na fixação das penas-base dos dois acusados, deixou de analisar, de forma individual, os elementos do art. 59 do CP, provocando uma condenação exacerbada, em face de considerar os requisitos do tipo penal sob foco como majorantes das básicas. Ademais, entendem que essa falta de fundamentação da sentença os impedem de recorrer para obter a diminuição das suas reprimendas, por não estarem esclarecidos os motivos do Julgador para defini-las, fato este que contraria a exigência do art. 93, IX, da CR, culminando na nulidade absoluta da sentença.

Da análise da sentença, dessumo que não se pode conceder razão aos apelantes, porquanto o Juiz expôs claramente os motivos que o levaram a fixar as penas-base acima do mínimo legal, em face da situação individual de cada um deles e considerando a prova coligida ao processado.

Nesse tocante, registre-se que o Juiz deixou patente a sua convicção de que o *modus operandi* do crime, colocando em risco a vida de inocentes, denotou a culpabilidade intensa dos apelantes, cujas personalidades, não restaram dúvidas, são inteiramente voltadas para o ilícito, desprezando valores básicos de nossa sociedade. E ficou patente, na sentença, que os motivos do crime foram o ganho fácil e satisfação dos prazeres dos recorrentes, como confessaram, em detrimento de grave ofensa ao patrimônio da vítima. Destarte, vislumbro que o Magistrado *a quo* indicou motivos suficientes para arrimar a condenação deles acima do mínimo legal.

Por fim, cabe salientar que o Julgador monocrático definiu, de forma singular, a condenação dos apelantes, declinando, individualmente, as penas-base, a agravante e a causa de aumento, próprias a cada um deles, as quais, como ressai dos autos, são praticamente idênticas. Assim, não se evidencia a alegada falta de fundamentação da sentença, o que possibilitou aos recorrentes aviar amplamente o seu recurso, visando à sua reforma. Portanto, verifica-se que a sentença focalizada atendeu ao disposto no inciso III do art. 381 do CPP.

A propósito, já se pronunciaram os tribunais pátrios, consoante demonstrado pelo ilustre Des. Alberto Vilas Boas, *verbis*:

> A motivação indispensável à sentença é a que se refere o art. 381, III, do Código de Processo Penal, é aquela que diz respeito ao raciocínio do magistrado para fazer incidir preceito legal a fato que considere provado, a fim de que o réu disponha de elementos para saber contra o que deverá defender-se em recurso ou revisão (RTJ 84/797). Assim, a circunstância de conter fundamentação sucinta ou deficiente não a invalida (RTJ 73/220 - *HC* nº 2.565-2-DF, 6ª Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 21.5.98, *DJU* de 22.6.98, p. 174, ementa parcial) (*in Código de Processo Penal*, *anotado e interpretado*., Del Rey, 1999, p. 318).

Em decorrência, rejeito a preliminar em apreço.

No âmbito meritório, os apelantes reforçam a sua tese de falta de demonstração pelo Juiz dos elementos que o levaram a condená-los às penas acima dos patamares legais mínimos, a exigir que sejam reduzidas a tais patamares.

Sem razão os apelantes, porquanto a conduta deles na execução do crime foi extremamente reprovável, pois o praticaram com grave ameaça à integridade física das vítimas, que trabalhavam num posto bancário situado nas dependências de uma unidade hospitalar, como indicado no boletim de ocorrência (f. 10). Ora,

esse fato, a meu ver, reforça a periculosidade dos recorrentes, já que uma ação delituosa ocorrida num hospital traz grande desassossego à comunidade.

Os depoimentos dos apelantes, Jorcelino Sodré de Souza e Alessandro da Silva Cavalcante, coletados na fase inquisitória (f. 18/21) e confirmados em juízo (f. 272/277), evidenciam uma personalidade completamente direcionada às atividades criminosas, com total desprezo aos valores éticos que norteiam a vida do cidadão comum. Emerge, igualmente, dessas declarações, que suas práticas delituosas objetivam, tão-somente, saciar a ganância e os prazeres carnais deles à custa do patrimônio alheio. Isto é, aos apelantes faltam freios psíquicos para brecar a procura incessante à satisfação de seus instintos. E os antecedentes dos apelantes não são nada recomendáveis, pois, confessada e provada a prática de outros delitos, inclusive foram presos em flagrante quando praticavam outro crime assemelhado ao que se analisa neste processo. As conseqüências dos atos dos recorrentes espelham inequívoco prejuízo material a uma das vítimas.

Portanto, dessume-se que a periculosidade dos apelantes se revela concretamente nos autos e não é mera presunção do Julgador, ou seja, a conjunção dos elementos contidos no art. 59 do CP é desfavorável a eles, pelo que não podem ser beneficiados pela aplicação de penas mínimas previstas no art. 157 do aludido Código.

Afirmam mais os apelantes que não houve a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, considerando-se, na sentença, que esta preponderou sobre aquela, fato que exasperou a condenação dos acusados.

À minha ótica, a sentença fustigada ateve-se, corretamente, à orientação contida no art. 67 do CP, pois a confissão espontânea dos apelantes, apesar da sua natureza subjetiva, não tem o alcance absoluto por eles almejado, em razão de que a reincidência também tem esta natureza, situação que confere ao julgador o necessário poder discricionário para estipular a preponderância de uma sobre a outra. Destarte, correta a decisão do Juiz ao considerar a reincidência preponderante à confissão espontânea. É o que dispõe o colendo STJ, *verbis*:

> *Habeas corpus*. Lesão corporal grave. Dosimetria da pena. Revisão criminal. Atenuante compensada na sentença. Manutenção da reincidência e confissão espontânea. Preponderância da agravante. Peso diferenciado. Possibilidade. Ordem denegada. - 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, nos termos do que dispõe o artigo 67 do Código Penal, a reincidência é causa que prepondera sobre a confissão, devendo, no momento da escolha da resposta penal, receber maior valoração do que atenuada (STJ - Sexta Turma - *HC* 24447/SP - Rel. Min. Paulo Gallotti, *DJ* de 28.11.2005, p. 337).

As CACs de f. 166/167 e de f. 189/192, alusivas a Jorcelino Sodré de Souza e a Alessandro da Silva Cavalcante, respectivamente, não deixam dúvidas de que ambos são reincidentes, sendo este último reincidente específico. Em decorrência, acertado mostra-se o uso da referida agravante na segunda fase da fixação das penas individuais dos supranominados acusados.

Finalizando, os apelantes alegam ser insubsistente a qualificadora do emprego de arma de fogo, visto que não foi apreendida nenhuma arma nem avaliada a sua eficiência ofensiva.

Vez mais, não se pode conceder razão aos apelantes, porquanto, embora haja dissensão sobre o tema, vislumbro que a qualificadora prevista no inciso I, § 2º, do art. 157 do CP pode ser comprovada por outros meios na ação penal, caso não seja encontrada a arma usada no roubo. É o que determina a jurisprudência pátria, *v.g.:*

> Inafastável, pois, o decreto condenatório, e improcedente a tese invocada para tentar-se o afastamento da qualificadora relativa ao emprego de arma. A lei processual não exige a apreensão da arma para a caracterização da majorante prevista no inc. I do § 2º do CP, que pode ser demonstrada por qualquer meio de prova jurisprudencial (JUTACRIM 89/443, 93/3.778, RT 672/379, 680/362). E, no caso, o

> emprego de arma resultou seguramente demonstrado pelas declarações idôneas de ambas as vítimas (TACrim-SP - AC - Rel Renê Ricupero - j. em 18.11.1997 - *Bol ICCrim* 63/234). (*In Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial,* Coord. Alberto Silva Franco. 7. ed., RT, vol. 2, p. 2.619).

Na espécie vertente, a utilização de arma de fogo foi amplamente comprovada pelas declarações das testemunhas e pelas confissões dos apelantes, os quais, inclusive, declinaram as características das referenciadas armas. Vejamos:

O apelante, Jorcelino Sodré de Souza, afirmou no seu interrogatório: "... que retornaram no dia dos fatos e com *animus furandi* armados, com um revólver 38 e uma pistola..." (f. 73).

Nesse diapasão, o apelante Alessandro da Silva Cavalcante narrou à f. 76: "... Que retornaram no dia dos fatos e com intenção de praticar o assalto, estavam armados, com um revólver 38 e uma pistola, semi-automática 380...".

Essas asserções dos acusados estão em perfeita sintonia com o que dispõe a prova testemunhal, como se vê:

Josefino Silva de Paula asseverou: "... que retirava da pasta de cor preta uma arma de fogo, semelhante a um revólver calibre 38..." (f. 116).

A testemunha Edna Rubim Dias depôs à f. 118: "... que este elemento retirou de uma bolsa tipo executiva de cor preta uma arma de fogo...".

Encerrando a colheita da prova oral, Maximiliano Vogel de Oliveira sustentou: "... que imediatamente após, o declarante olhou para frente e viu um elemento alto, cor clara, com uma pistola cromada nas mãos, apontando-a para o vigilante do banco..." (f. 120).

Por conseguinte, resulta provado, *quantum satis*, o uso de arma de fogo pelos apelantes na prática delituosa em foco, o que atrai a incidência do aumento de pena previsto no mencionado § 2º do art. 157 do CP, cuja aplicação foi bem dosada na sentença hostilizada, cujos termos hão de prevalecer na íntegra nesta seara recursal.

Isso posto, nego provimento ao apelo em epígrafe.

Custas, *ex lege*.

*O Sr. Des. Eli Lucas de Mendonça* - Distancio-me parcialmente do eminente Relator e decoto a causa especial de aumento de pena relativa ao uso de arma.

Considero que a arma que serve para caracterizar o roubo não autoriza, entretanto, o reconhecimento da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, se não comprovadamente eficaz.

A base efetiva da incriminação do emprego de arma de fogo reside na sua real capacidade lesiva, que, não aferida por qualquer elemento de prova, desemboca no desprezo da majorante.

Com efeito, a circunstância prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal é puramente objetiva, refere-se a arma e "tem sua razão de ser no perigo real por que passa o ofendido no momento da realização do crime" (conf. Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Renovar, p. 277), e não subjetiva, que diga respeito à capacidade de infundir medo à vítima, situação já prevista no *caput* do art. 157.

Escreve Heleno Fragoso:

> O fundamento da agravante reside no maior perigo que o emprego da arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria), tenha idoneidade para ofender a incolumidade física (*Lições de Direito Penal*, Parte Especial. José Bushatsky Editor, p. 328).

A configuração da exasperante, por seu caráter objetivo, depende, além da prova da utilização da arma, da comprovação de sua capacidade vulnerante.

Por outro lado, no caso em julgamento, não há prova de que a arma foi usada de forma imprópria.

Logo, improvados o uso impróprio da arma de fogo e seu eventual poder vulnerante, decoto a causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Restam os apelantes Jorcelino Sodré de Souza e Alessandro da Silva Cavalcante condenados como incursos nas sanções do art. 157, § 2°, II, do Código Penal.

Mantenho, todavia, as penas como fixadas na r. sentença, fazendo registro de que o aumento em virtude das duas causas especiais de aumento lá reconhecidas se deu no mínimo legal de 1/3, patamar do qual descabe decrescê-lo.

Acompanho, no mais, o e. Relator.

*O Sr. Des. Ediwal José de Morais* - Acompanho o em. Relator, com a devida vênia do nobre Revisor.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR À UNANIMIDADE E NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR REVISOR.

-:::-

**ROUBO - EXTORSÃO - VIOLÊNCIA CONTRA PESSOA - GRAVE AMEAÇA - CONCURSO DE CRIMES - CRIME CONTINUADO - REQUISITOS - APLICABILIDADE - FIXAÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - MÍNIMO LEGAL - REGIME INICIAL SEMI-ABERTO - ARTS. 33, § 2º, E 71 DO CÓDIGO PENAL**

**Ementa: Penal. Roubo e extorsão. Fixação da pena acima do mínimo legal. Descabimento. Circunstâncias judiciais favoráveis. Concurso entre os crimes de roubo e extorsão. Crimes da mesma espécie. Preenchimento dos demais requisitos do art. 71 do Código Penal. Reconhecimento da continuidade delitiva. Fixação de regime mais severo para o cumprimento da pena. Pedido prejudicado. Recurso a que se nega provimento.**

**- Sendo favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais consubstanciadas no art. 59 do Código Penal, para cada um dos crimes, das quais se destaca a sua primariedade, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal.**

**- Crimes da mesma espécie não são os descritos na mesma disposição de lei, mas os que têm unidade de regra preceptiva, isto é, os que atacam e expõem a perigo de dano o mesmo interesse jurídico. Há entre a extorsão e o roubo (aos quais é cominada pena idêntica) uma afinidade tal que, em certos casos, praticamente se confundem. São, aliás, crimes da mesma espécie, ambos lesivos, simultaneamente, do patrimônio e da pessoa, admitindo, pois, a continuidade, preenchidos os demais requisitos.**

**- Restando superada a discussão acerca do reconhecimento do concurso formal entre os crimes, fica prejudicado o pedido de fixação de regime fechado para o cumprimento da pena, principalmente em se tratando de réu primário e de pena fixada entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos de reclusão, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.**

**Recurso improvido.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0702.04.151008-3/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Thiago Felipe Alves Borges - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 6 de junho de 2006. - *Hélcio Valentim* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Hélcio Valentim* - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia, em face de Thiago Felipe Alves Borges, imputando-lhe a prática de fato subsumido ao tipo do art. 157, § 2º, V, em concurso material com art. 158, ambos do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 3 de julho de 2004, o denunciado, simulando estar portando arma de fogo, mediante ameaça e violência, dirigiu-se com a vítima Mônica Vieira Langoni ao caixa automático do Banco do Brasil mais próximo, onde exigiu que ela sacasse a quantia de R$ 500,00, o que não foi possível em razão do horário, fato que gerou o bloqueio do cartão. Em razão disso, obrigou-a a retornar ao seu local de trabalho, para que lá conseguisse tal importância, o que realmente aconteceu. Após a entrega do dinheiro, o acusado evadiu-se do local, levando o carro da vítima.

A inicial acusatória veio acompanhada de inquérito policial (f. 5/47).

À f. 12, auto de apreensão de "um veículo GM/Corsa/Super, cor azul, ano fab./mod.-1998, chassi 9BGSDO8ZWWC732193, Placa - GSD-3883 - Uberlândia - MG". Termo de restituição à f. 19.

À f. 29, auto de reconhecimento de pessoa, em que Mônica afirmou "reconhecer sem qualquer dúvida a pessoa que ficou sabendo chamar-se: Thiago Felipe Alves Borges como sendo o autor de tal delito" (*sic* f. 29).

Inquirido pela autoridade policial, o acusado negou a prática da conduta delituosa (f. 31/32).

Em razão da representação oferecida pela autoridade policial, foi decretada a prisão preventiva do acusado (f. 52/55).

Recebida a denúncia (f. 56), o acusado foi requisitado e levado a interrogatório, ocasião em que negou a imputação constante da denúncia, alegando, em suma, que, no dia dos fatos, encontrava-se fora da cidade (f. 61).

Defesa prévia às f. 66/68.

Durante a instrução, foram ouvidas a vítima e quatro testemunhas (f. 82/86).

Na fase do art. 499, CPP, o *Parquet* e a defesa nada requereram.

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação, nos termos da denúncia (f. 87/92). A defesa, por sua vez, pleiteou a absolvição, com o encaminhamento do réu para tratamento de dependência de drogas (f. 93/95).

Sentença às f. 97/101, restando o réu condenado como incurso nas iras do art. 157, *caput* (roubo simples), e art. 158, *caput* (extorsão simples), na forma do art. 71 (continuidade delitiva), todos do Código Penal, a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, e 11 (onze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo.

Inconformado, apelou o *Parquet* (f. 104), em cujas razões requereu o aumento das penas-base, para ambos os crimes, em função das circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao apelado, o reconhecimento do concurso material entre os delitos e, como conseqüência, a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena (f. 106/110).

Em contra-razões, a defesa rebateu as teses da acusação, pugnando pela manutenção da sentença (f. 111/113).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do culto Doutor Rogério Greco, opinou pelo provimento parcial do recurso (f. 119/122).

A apelação criminal foi cadastrada neste Tribunal sob o nº 484.890-2 e, através da minha Relatoria, foi julgada na sessão do dia 10 de maio de 2005, ocasião em que a Turma Julgadora decidiu, à unanimidade, anular o processo desde o interrogatório, inclusive, por falta de citação do réu (f. 129/134).

Baixados os autos, o réu foi regularmente citado (f. 143) e interrogado (f. 145/146), ocasião em que negou os fatos a ele imputados.

Em audiência de instrução, a defesa requereu que fossem ratificados os depoimentos testemunhais já constantes dos autos às f. 82/86, dispensando-se as testemunhas ali presentes. O pedido foi deferido, após o Ministério Público manifestar-se favoravelmente a ele (f. 170).

Na fase do art. 499, CPP, as partes nada requereram (f. 170).

Em alegações finais, o Ministério Público ratificou o pedido de condenação do réu, nos termos das alegações finais de f. 87/92. A defesa, por sua vez, pleiteou, mais uma vez, a absolvição, em relação a ambos os crimes que são imputados ao réu (f. 175/181).

Nova sentença às f. 182/191, restando o réu condenado como incurso nas iras do art. 157, *caput* (roubo simples), e art. 158, *caput* (extorsão simples), na forma do art. 71 (continuidade delitiva), todos do Código Penal, a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, e 11 (onze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo.

As partes, bem como o Defensor foram regularmente intimadas da sentença às f. 191-v., 193 e 197.

Inconformado, apelou o *Parquet* (f. 194), em cujas razões ratifica aquelas apresentadas por ocasião da prolação da primeira sentença, reiterando os pedidos de aumento das penas-base, para ambos os crimes, em função das circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao apelado, o reconhecimento do concurso material entre os delitos e, como conseqüência, a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena (f. 198/200).

Em contra-razões, a defesa rebate as teses da acusação, pugnando pela manutenção da sentença (f. 201/208).

A douta Procuradoria de Justiça, através de cota lançada nos autos pela Doutora Myrian Regina Carvalhaes, ratificou o parecer de f. 119/122, de lavra do culto Doutor Rogério Greco, opinando pelo provimento parcial do recurso (f. 119/122).

À f. 216, deferi pedido de vista dos autos para que a defesa apresentasse memorial. Todavia, este não foi apresentado. Aliás, a defesa nem sequer compareceu ao cartório para se manifestar sobre a vista aberta (f. 218).

Eis, do que importa, o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Preliminares.

Não há preliminares a serem analisadas, nem nulidades a serem reconhecidas de ofício.

Mérito.

*Ab initio*, registro que recebi memorial do apelado Thiago Felipe Alves Borges, de lavra da advogada Claudinez Guimarães de Oliveira. Naquela peça, S. Ex.ª pede a absolvição do réu quanto à imputação relativa ao crime de extorsão ou, em caso de entendimento diverso, o desprovimento do recurso ministerial, com a conseqüente manutenção da sentença.

Anoto, apenas, que a defesa não recorreu e que todas as possibilidades de decisão

mais favorável ao réu estarão sendo examinadas, em face da *reformatio in melius*.

No mérito, é de ser negado provimento ao recurso ministerial.

Primeiramente, no que diz respeito ao pedido de aumento da pena-base para cada um dos crimes, entendo não assistir razão ao apelante, na medida em que verifico que a análise das circunstâncias judiciais consubstanciadas no art. 59 do Código Penal, para cada um dos crimes, foi feita de forma correta e satisfatória, sendo suficiente para justificar a fixação da pena-base no mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, para cada crime, principalmente levando-se em conta a primariedade do apelado.

É bem verdade que não foi reavida a importância apurada no crime de extorsão, mas as demais circunstâncias judiciais de tal crime não autorizam, ao meu ver, a exasperação da pena acima do mínimo.

Quanto ao roubo, registre-se que não houve qualquer prejuízo à vítima, uma vez que o seu automóvel foi restituído em perfeito estado, conforme termo de restituição de f. 19, e o fato de ela ter sido mantida sob a vigilância do réu por aproximadamente 1 (uma) hora, por si só, não tem o condão de afastar a pena do limite mínimo daquela cominada para o crime.

Nenhuma modificação a ser feita, até aqui.

Quanto ao pedido de reconhecimento do concurso material entre os delitos, melhor sorte não assiste ao combativo Promotor de Justiça.

Muito embora o ilustre membro do *Parquet* embase seu pedido em jurisprudência oriunda de tribunais superiores, certo é que a matéria ainda é bastante polêmica; e, a despeito de existirem duas correntes com entendimentos contrários, compartilho daquele segundo o qual é perfeitamente possível o reconhecimento da ocorrência de continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão.

Entendo que tais crimes, além de serem do mesmo gênero (crimes contra o patrimônio), podem ser considerados, ainda, da mesma espécie. Isso porque não se exige, para que sejam classificados como de "mesma espécie", que os crimes estejam previstos em um mesmo tipo penal, como, por exemplo, os crimes de roubo simples e roubo majorado, ou furto simples e furto qualificado. Nesse sentido:

> Crimes da mesma espécie não são os descritos na mesma disposição de lei, mas os que têm unidade de regra preceptiva, isto é, os que atacam e expõem a perigo de dano o mesmo interesse jurídico" (TACrimSP, Rec., Rel. Valentim Silva, *RT* 494/363).

A matéria também é discutida pela doutrina, de onde colaciono valioso ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt, a saber:

> Como sustentar, então, sem incorrer em paradoxos, que roubo e extorsão não são crimes da mesma espécie? Por certo, não há nenhuma razão técnico-jurídica, dogmática ou científica para negar essa obviedade, na linha do movimento 'lei e ordem', incompatível com um moderno Estado Democrático de Direito.
> Na extorsão há constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, de mal posterior visando a futura vantagem, ao passo que no roubo o mal é imediato e o prejuízo é atual. Neste crime, o agente subtrai, ele próprio, mediante violência ou grave ameaça, a coisa de quem a detém, ao passo que na extorsão é a vítima que é constrangida a entregá-la, geralmente em intervalo de tempo irrelevante entre a coação daquele e a 'ação' desta. Aliás, para os saudosistas, o velho Hungria, com a majestade de sempre, estabelecia, com brilho invulgar, a distinção das duas infrações, nos seguintes termos: 'Há entre a extorsão e o roubo (aos quais é cominada pena idêntica) uma tal afinidade que, em certos casos, praticamente se confundem. Conceitualmente, porém, a distinção está em que, na extorsão, diversamente do roubo, é a própria vítima que, coagida, se despoja em favor do agente'. No entanto - prossegue Hungria -, 'do ponto de vista prático, tanto faz que o agente tire a carteira ou que esta lhe seja entregue pela vítima (*in Tratado de Direito Penal*, Parte Especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3, p. 127).

Mais à frente, conclui o penalista:

> Mas, se o fundamento da miopia jurídica que acode alguns tribunais reside realmente na ânsia de majorar a pena, talvez seja menos comprometedor, tecnicamente, refugiar-se na subjetividade da graduação da pena, em vez de continuar negando o óbvio ao afirmar que roubo e extorsão não são crimes da mesma espécie, evitando a condição do pior cego, isto é, daquele que não quer enxergar (*ibid*., p. 128).

Assim é que, ao meu ver, o roubo e a extorsão, embora cercados de suas peculiaridades, podem ser considerados crimes da mesma espécie. E, assim sendo, nada impede que se reconheça a continuidade delitiva entre eles, desde que satisfeitos os demais requisitos previstos no art. 71 do Código Penal, algo que, no caso dos autos, está evidente.

Sobre o tema, colaciono os seguintes excertos jurisprudenciais:

> Há, entre a extorsão e o roubo (aos quais é cominada pena idêntica), uma afinidade tal que, em certos casos, praticamente se confundem. São, aliás, crimes da mesma espécie, ambos, lesivos, simultaneamente, do patrimônio e da pessoa, admitindo, pois, a continuidade, preenchidos os demais requisitos (TACrimSP, *RT* 516/344).

> Nada impede o reconhecimento da continuidade delitiva entre roubo e extorsão por serem crimes da mesma espécie, diferindo um do outro apenas na forma da entrega da *res* (TACrimSP, *JTACrim* 73/180).

> Configurado resulta o delito de extorsão, em continuação ao de roubo, se, após assaltarem a vítima, obrigam-na os réus, mediante ameaça de arma de fogo, a preencher o cheque, que em seguida descontam (TACrimSP, *RT* 516/312. No mesmo sentido, *JTACrim* 65/73 e 83/39).

Diante dessas considerações, pedindo venia aos ilustres Promotor e Procuradores de Justiça, entendo ter sido mesmo acertado o reconhecimento da ocorrência do concurso de crimes em continuidade delitiva.

Finalmente, no que diz respeito ao regime inicial para o cumprimento da pena corporal, restou prejudicado o pedido feito pelo ilustre Promotor de Justiça.

É que S. Ex.ª requereu a fixação do regime inicial fechado como conseqüência natural do reconhecimento do concurso material entre os crimes de roubo e extorsão, uma vez que as penas dos dois, depois de somadas, alcançariam um patamar mínimo de 8 (oito) anos.

Não tendo sido acolhida a tese de concurso material, não há falar em fixação de regime fechado para o cumprimento da pena, tendo em vista a primariedade do apelado e o fato de que a sua pena foi fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, motivo pelo qual deverá, mesmo, cumpri-la em regime semi-aberto, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Antes tais argumentos, a manutenção da sentença de primeiro grau é medida que se impõe.

Tudo considerado, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Pedro Vergara* e *Alexandre Victor de Carvalho*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**DEFRAUDAÇÃO DE PENHOR - ALIENAÇÃO DE BENS - CREDOR PIGNORÁTICO - CONSENTIMENTO - AUSÊNCIA - DOLO - OBTENÇÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA - IRRELEVÂNCIA - CRIME CONSUMADO - ART. 171, § 2º, III, DO CÓDIGO PENAL**

**Ementa: Apelação criminal. Defraudação de penhor. Bens dados em garantia. Alienação sem anuência do credor. Delito configurado. Recurso desprovido.**

**- O delito de defraudação de penhor consuma-se com a alienação dos bens dados em garantia sem a autorização do credor. O dolo necessário para a configuração da figura típica está na ciência inequívoca de que não poderia vender os objetos sem a devida autorização. É irrelevante se o apelante não auferiu vantagem econômica com a venda, podendo ser considerada tal circunstância por ocasião da dosimetria da pena.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0143.02.001772-7/001 - Comarca de Carmo do Paranaíba - Apelante: João Batista de Souza - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. EDUARDO BRUM

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de março de 2006. - *Eduardo Brum* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Eduardo Brum (convocado)* - João Batista de Souza, qualificado, foi denunciado perante o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Carmo do Paranaíba como incurso nas disposições do art. 171, § 2º, inciso III, do CP, porquanto se apurou que ele teria defraudado garantia pignoratícia, mediante a venda de certa quantidade de café em coco, beneficiado no período agrícola de outubro/1997 a agosto/1998, agindo sem o consentimento do credor.

Em 31 de outubro de 1997, o denunciado emitiu cédula rural pignoratícia e hipotecária em favor do Banco do Brasil S.A., vencível em 30 de junho de 1999, com a finalidade de custear dezenove hectares de lavoura de café.

Não tendo sido paga a dívida, o banco credor ajuizou a respectiva execução, mas o oficial de justiça não conseguiu efetivar a penhora, uma vez que o devedor já não possuía o café dado em garantia, tendo-o vendido (f. 2/3).

Finda a instrução criminal e sobrevindo a r. sentença de f. 125/129, viu-se o réu condenado pela conduta descrita no art. 171, § 2º, III, do CP, sendo-lhe aplicadas as penas de um ano e seis meses de reclusão, regime aberto, e 20 dias-multa, arbitrado o valor unitário mínimo legal, concedida a substituição da sanção carcerária por duas restritivas de direitos.

Não se conformando, porém, apelou o sentenciado (f. 132), apresentando posteriores razões. Alega que, tendo sido dados outros bens em garantia, a exemplo de sua propriedade rural, o valor deles excede o da dívida, tendo ele direito ao remanescente da venda judicial. A safra no período referido seria apenas uma previsão, que não rendeu o esperado, prevalecendo a garantia representada pelo terreno agrícola. A venda da minguada safra de café, insuficiente para cobrir o débito, não constituiria, assim, ilícito penal (f. 137/140).

O Ministério Público de primeira instância manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 142/145), mesmo entendimento mantido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 150/153).

Intimações regulares do acusado (f. 134-v.) e de sua combativa defesa (f. 130).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A materialidade do delito comprova-se pela cédula rural pignoratícia e hipotecária de f. 10/12, termo aditivo de f. 18, mandado de f. 43-v. e certidão de f. 44.

Com efeito, constam do reconhecimento da dívida acima e do referido mandado que seriam objeto de penhora, dentre outros bens, "34.200 kg de café beneficiado, período agrícola out./97 a ago./98" (f. 43).

Contudo, certificou o oficial de justiça "haver penhorado os bens constantes no mandado, exceto os 34.200 kg de café, eis que o Sr. João Batista de Souza alegou não possuir o mesmo" (f. 43-v). "Certifico mais ainda que deixei de penhorar os 34.200 kg de café que, por informação do Sr. João B. de Souza, ele não possui o referido café" (f. 44).

O acusado João Batista não nega "que deu, como forma de garantia do empréstimo, 34.200 kg de café beneficiado, que seriam colhidos na safra 97/98; que o declarante não conseguiu efetuar o pagamento como combinado, uma vez que o café colhido e beneficiado não atingiu os 34.200 kg, afirmando que suas despesas foram muito grandes e não houve como pagar o financiamento (custeio); que é verdade que vendeu o café colhido, de cuja quantidade não se recorda, para diversos compradores, de que também não se recorda" (f. 53).

Em juízo, João Batista "reconhece o documento de f. 10/12, bem como a assinatura como sendo sua; que tinha ciência da cláusula dos bens dados em garantia; que vendeu a colheita de 1998, não se lembrando para quem; que não houve autorização do banco para a venda da safra; que não pagou a dívida para o banco antes de vender a colheita" (f. 71).

O meirinho Nelson Ferreira Guimarães Filho confirma que "foi até a fazenda do denunciado onde deveria proceder à penhora de certa quantidade de café; que não se lembra bem, mas acha que os bens a serem penhorados eram apenas café; que não existia nenhum café naquela fazenda; que o denunciado alegou tê-lo vendido" (f. 82).

O gerente de expediente do Banco do Brasil S.A., Roberto José Carneiro, depôs que o denunciado contratou um financiamento agrícola dando em garantia pignoratícia a safra de 1997/1998; que houve um projeto técnico apresentado pelo próprio denunciado onde havia estimativa de uma produção de trinta e quatro mil e mais alguns quilos (...); que o Banco do Brasil executou o crédito; que teve conhecimento pelo laudo do oficial de justiça de que não havia café a ser penhorado; que o laudo técnico anterior ao financiamento, feito por entidades credenciadas, teria atestado a viabilidade técnica da lavoura para produção da quantidade de café estipulado; que esta dívida ainda não foi quitada (f. 83).

Sabe-se que a venda sem a autorização antecipada do credor de bens oferecidos em garantia, como confessado nos autos, constitui o crime definido no art. 171. § 2º, III, Código Penal, independentemente do *animus* de fraudar.

O fato de haver dado outros bens em garantia além do café não exime o acusado da responsabilidade penal, assim como desimporta, ademais, o auferimento de vantagem econômica indevida.

É da jurisprudência:

> Direito Penal. Defraudação de penhor. Delito formal.
> - O delito de defraudação de penhor é eminentemente formal, consumando-se com a alienação dos bens dados em garantia sem a autorização do credor. O dolo necessário para a configuração da figura típica está na ciência inequívoca de que não poderia vender os objetos sem a devida autorização. Irrelevante se o apelante não auferiu vantagem econômica com a venda, que poderá ser considerada tal circunstância por ocasião da dosimetria da pena.
> - Condenação mantida (TRF Apelação Criminal nº 95.04.49795-0/RS (00038894), Rel. Juiz Gilson Dipp, j. em 23.04.96, publ. no *DJU* de 22.05.96, p. 33.373).
> Direito Penal. Defraudação de penhor. Alienação de garantia pignoratícia cedular. - Perfectibiza-se o tipo penal no momento em que o devedor se desfaz do bem dado em segurança ao adimplemento da avença, sem a anuência do credor. Condenação mantida (TRF da 4ª Região, 1ª T., Apelação Criminal nº 1998.04.01.031233-2/RS (00077864), Rel.

Juíz Eloy Bernst Justo, j. em 05.09.00, publ. no *DJU* de 18.10.00, p. 98).

Não destoa o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

> Defraudação de penhor. Bem móvel não encontrado. Caracterização do crime. Art. 171, § 2º, III, do Código Penal. Estelionato. Distinção. - O crime de defraudação de penhor, ao contrário do estelionato, não requer a superveniência de vantagem patrimonial em favor do agente ativo, nem tampouco de efetiva lesão ao patrimônio do credor, bastando, para sua configuração, que, havendo descumprimento de contrato, a coisa dada em garantia não seja entregue ao credor (1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 0298308-4/1999, Itajubá, Rel.ª Juíza Jane Silva, j. em 16.02.00, un., publ. no MG de 05.12.00).

Resume-se que, para a configuração do dolo no delito de defraudação de penhor, mostra-se suficiente a vontade consciente de desfazer-se do bem garantidor, cabendo à defesa a demonstração de eventuais excludentes da ilicitude ou da punibilidade.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *William Silvestrini* e *Walter Pinto da Rocha*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

## LATROCÍNIO - CONCURSO DE PESSOAS - CO-AUTOR - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - NÃO-CONFIGURAÇÃO - RESPONSABILIDADE PENAL - PROCESSO PENAL - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - INAPLICABILIDADE

**Ementa: Processo penal. Apelação criminal. Latrocínio. Princípio da identidade física do juiz. Inaplicabilidade ao processo penal. Preliminar rejeitada. Desclassificação para roubo. Impossibilidade. Participação de menor importância. Não-ocorrência.**

**- No processo penal é inaplicável o princípio da identidade física do juiz, consoante dispõe a Súmula 19 do TJMG.**

**- Para a caracterização do latrocínio, não há necessidade de que o agente seja autor dos disparos que atingiram a vítima. Uma vez ciente de que seu comparsa estava armado, assumiu o risco de provocar o resultado.**

**- Impossível o reconhecimento da participação de menor importância quando o agente atua durante todo o *iter criminis* como protagonista, e não mero figurante, contribuindo ativa e conscientemente para o sucesso da empreitada criminosa.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0433.05.151629-5/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Igor Paredhez da Cruz - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. ELI LUCAS DE MENDONÇA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2006. - *Eli Lucas de Mendonça* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Eli Lucas de Mendonça* - Apelação interposta por Igor Paredhez da Cruz,

inconformado com a sentença de f. 316/337 que o condenou como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal, às penas definitivas de 22 anos de reclusão, regime integralmente fechado, e 25 dias-multa, no valor mínimo legal, negados quaisquer benefícios. O mesmo *decisum* o absolveu do delito previsto no art. 1º da Lei 2.252/54.

Narra a denúncia que, no dia 04.03.05, por volta de 1h30m, o apelante, em unidade de desígnios com Dalbert Ferreira Batista e mais dois menores infratores, mediante o emprego de arma de fogo, perpetraram um assalto no estabelecimento comercial denominado "Eskema Kente", situado na Rua Santa Maria, nº 296, Bairro Todos os Santos, sendo certo que, da violência empregada no crime, resultou a morte da vítima César Mardônio de Quadros Fernandes.

O processo foi desmembrado em relação ao co-réu Dalbert Ferreira Batista.

Intimações regulares, f. 337.

Interpostos embargos declaratórios, foram eles julgados improcedentes, f. 345/346.

O apelante, razões de f. 342/368, pleiteia, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, já que os embargos declaratórios foram julgados por outro juiz que não o prolator da sentença. No mérito, requer a desclassificação para o delito de roubo e o reconhecimento da participação de menor importância.

Recurso devidamente contrariado, f. 369/375, oportunidade em que o Ministério Público opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo seu desprovimento, ao que aquiesce a d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 380/386.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

*Ab initio*, examino preliminar suscitada pela defesa do apelante, de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, tendo em vista que os embargos declaratórios foram julgados por outro juiz que não o Prolator da sentença.

*Data venia*, a meu sentir, não há como acolher a nulidade apontada, já que, no processo penal, é inaplicável o princípio da identidade física do juiz, consoante dispõe a Súmula 19 do TJMG.

Assim, se um magistrado, por um motivo qualquer, não está mais exercendo a jurisdição em determinado feito, viável juridicamente será a apreciação dos embargos de declaração por parte de outro magistrado substituto. Nesse sentido:

> Apelação criminal. Receptação. Nulidades. Princípio da identidade física do juiz. Inaplicabilidade no processo penal. - No processo penal não vige o princípio da identidade física do juiz (Súmula 19 do TJMG), nada impedindo que o magistrado sentenciante seja diferente daquele que instruiu o processo, hipótese que também se aplica aos embargos declaratórios (TAMG, 1ª Câmara Mista, Rel. Juiz Eduardo Brum, Ap. nº 466.263-7, j. em 03.11.04).

> Processo penal. Nulidade. Inocorrência.
> - Não se aplica o princípio de identidade física do juiz para julgamento de embargos de declaração
> - O sucessor do juiz sentenciante é competente para conhecer dos embargos (TJSP , 4ª Câmara Criminal, Ap. nº 286.767-3, Rel. Des. Passos de Freitas, j. em 10.02.2000).

Ademais, como bem salientado pelo ilustre Promotor de Justiça oficiante, além de inexistir prejuízo ao réu - e sem prejuízo, não há que se falar em nulidade (*pas de nullité sans grief*) -, a matéria ventilada nos embargos rejeitados pode agora ser reapreciada nesta Instância Revisora, em face do efeito devolutivo da apelação.

Rejeito, pois, a preliminar.

Passo à análise do mérito recursal.

Autoria não questionada pela defesa - nem diferente poderia ser -, positivadas a materialidade pelos autos de apreensão de f. 32, 65,

67, 94 e 170, termos de restituição de f. 35, 41, 45, 78 e 156, exame de corpo de delito de f. 14/18, e a autoria pela segura palavra das vítimas, coadjuvada pela prova oral colhida.

A reclamada desclassificação para o crime de roubo não tem o menor fundamento e só se justifica como crédito à perseverança da aguerrida defesa.

Ainda que se tenha como verdadeira a afirmação do apelante de que não foi o autor do disparo que matou a vítima, essa assertiva não o isenta de responder pelo resultado morte, porque, ciente de que seu comparsa estava armado, assumiu o risco de provocar o resultado letal.

Com efeito:

> No crime de latrocínio, despicienda a indagação sobre quem tenha efetivamente sido o autor do disparo fatal, eis que, concertado o roubo à mão armada e sendo o evento morte mero desdobramento da empreitada criminosa, todos devem responder pelo delito, a título de co-autoria (*RT* 764/539 ).
> O latrocínio não é uma figura jurídica autônoma, que exija prévia admissão por todos os co-autores do resultado morte. Na verdade, trata-se de uma agravação da pena do roubo, em face das conseqüências dos atos violentos praticados contra a vítima. Daí por que, havendo o resultado morte, todos os co-autores são por ele responsabilizados, mesmo que só um deles tenha efetuado o disparo ou dado o golpe que matou a vítima. Ao concordar com a prática do roubo, sabendo que o outro assaltante estava armado de instrumento contundente e que ia atacar a vítima por trás, o apelante assumiu o risco de eventualmente ser a vítima morta com os golpes (TJSP - AC 107.802-3 - Rel. Des. Luiz Betanho).

Também o colendo Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema:

> O fato de o disparo haver sido feito por co-réu não descaracteriza o crime de latrocínio. Presentes estão a subtração de coisa móvel, a violência e o resultado morte, respondendo os integrantes do grupo pelo crime tipificado no § 3º do art. 157 do Código Penal (STF - 2ª T. - *HC* 74.949-6 - Rel. Min. Marco Aurélio).

Ademais, em momento algum o apelante demonstrou que não pretendesse participar do crime de latrocínio. Ao contrário, permaneceu, durante toda a execução da empreitada criminosa, dando cobertura aos seus comparsas, aquiescendo às suas condutas.

Em casos tais, a jurisprudência já pontificou que:

> Como é cediço, para o reconhecimento da comparsaria, despiciendo que o agente pratique atos de execução, bastando tão-somente sua inegável presença física e articulada no *locus delicti*, em atitude demonstradora de adesão e solidariedade aos demais asseclas, para se chegar à iniludível conclusão de cooperação prestada no sentido de que, na espécie, ocorreu nexo de ordem subjetiva à prática do ilícito (TACrimSP - Ver. Rel. Juiz Marques de Auino - *RJTACrim* 42/379).

> Em doutrina e jurisprudência, apresenta-se pacificamente aceita a co-autoria moral ou intelectual; hipótese do mandante do crime; hipótese, ainda, da prática do ato pelo executor direto enquanto os demais observam, prontos a coadjuvá-lo. Nessas formas de co-autoria, não se requer a participação ativa de cada agente em cada ato executivo, bastando sua aprovação consciente a todos eles. É isso que constitui o vínculo psicológico que informa a co-autoria (TACrimSP - *HC* - Rel. Juiz Silva Leme - *JUTACrim* 44/82).

Assim, há prova suficiente a lastrear a participação do apelante no delito de latrocínio, tendo em vista que a qualquer momento poderia prestar auxílio aos outros comparsas.

A essa altura, vêm a talho os seguintes julgados:

> Não é simples conivência, e sim participação criminosa e ativa, a atitude de quem assiste ao fato delituoso para intimidar a vítima ou prestar auxílio eventual ao agente, embora não venha a praticar ato algum com esses fins (TACrimSP - AC - Rel. Juiz Edmeu Carmesini - *JUTACrim* 48/324).
> Tudo o que contribui para o desenrolar da ação física do despojamento da *res* é de ser considerado participação de igual importância, até mesmo a simples presença física na cena

delitiva, em atitude de simples observação, desde que o observador tenha pré-ajustado ou aderido ao plano criminoso. Embora tal atitude aparente, *prima facie*, ser meramente contemplativa, em sua dinâmica ela atua como circunstância intimidativa e apta para contribuir para a minimização da possibilidade de resistência da vítima, dado que lhe é latente a potencialidade de a qualquer momento se tornar participação ativa no desenrolar dos acontecimentos (TACrimSP - AC - Rel. Juiz Segurado Braz - *JUTACrim* 88/221).

Pleiteia, ainda, o apelante o reconhecimento da participação de menor importância, o que, a meu sentir, também não merece acolhida, pois a conduta deste não se resumiu a mera participação, já que contribuiu de modo eficaz para a consecução do delito.

Emerge dos autos que o apelante agiu com unidade de desígnios e divisão de tarefas com seus comparsas, tendo cada um deles contribuído para o sucesso da empreitada criminosa, devendo, assim, atribuir-se a todos o delito.

Com efeito, revela a prova que o apelante anuiu à prática delitiva, já que, além de dar cobertura aos demais, participou da divisão do produto do crime.

Logo, sua ação não foi secundária, como quer crer a defesa. Ao contrário, foi salutar para o êxito da empreitada, atuando durante todo o *iter criminis* como protagonista, e não mero figurante, contribuindo ativa e conscientemente para que houvesse o êxito do evento criminoso.

A essa altura, vêm a talho os seguintes julgados:

A incidência da causa de diminuição da participação de menor importância exige prova inequívoca de que a conduta que concorreu para o crime foi mínima. Significa dizer que, com ou sem a conduta irrisória, o resultado criminoso ocorreria. Não se adequando a esta circunstância a conduta do réu que atua em todas as fases do *iter criminis* (*RT* 777/694).

Para o reconhecimento da participação de menor importância, deve o postulante comprovar de maneira inequívoca que sua atuação não influenciou de maneira decisiva no êxito da empreitada delituosa, sendo impossível sua aplicação, em sede de crime de roubo, na hipótese em que o acusado atua de forma direta e ativa, inclusive fugindo do local da prática do delito na posse do produto da rapina (*RJTACrim* 40/178).

Rejeito, portanto, a tese da participação de menor importância.

No mais, as penas fixadas apresentam-se condizentes com a conduta incriminada, assim como o regime de seu cumprimento - integralmente fechado -, devidamente justificados na r. sentença.

Feitas tais considerações, rejeito a preliminar eriçada e, no mérito, nego provimento ao recurso, mantendo íntegra a r. sentença condenatória.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Ediwal José de Morais* e *William Silvestrini*.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**ESTELIONATO - CHEQUE - ASSINATURA FALSA - LAUDO PERICIAL - DESNECESSIDADE - CONCURSO DE PESSOAS - DELAÇÃO - CONFISSÃO - VALORAÇÃO DA PROVA - CRIME CONSUMADO - REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA - SENTENÇA PENAL - OMISSÃO - SUPRIMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA - AUSÊNCIA DE NULIDADE**

**Ementa: Penal e processual penal. Estelionato. Art. 171, *caput*, do CP. Ausência de fixação do regime prisional. Nulidade da sentença afastada. Prova da co-autoria. Delação do co-réu. Harmonia com o conjunto probatório. Prevalência sobre a negativa contraditória do acusado.**

**Falsificação de assinatura em cheque. Desnecessidade de perícia para constatação da fraude, se provada por outros meios idôneos, notadamente pela confissão do próprio falsário, co-réu. Ressarcimento do dano. Irrelevância, para fins de condenação.**

**- Se a omissão relativa ao estabelecimento do regime prisional pode ser suprida, de forma segura, em grau de apelação, não deve ser anulada a sentença.**

**- A delação do co-réu que, sem negar sua responsabilidade, incrimina também o outro acusado, merece credibilidade, podendo servir de base à sentença condenatória, mormente se as declarações do acusado são contraditórias e não convincentes, revelando-se a delação, ainda, coerente com o conjunto probatório.**

**- A perícia não é prova essencial para caracterizar a fraude consubstanciada na falsificação de assinatura em folha de cheque, podendo tal circunstância ser evidenciada por outros meios de prova, mormente pela confissão do próprio agente.**

**- "O delito de estelionato consuma-se com a obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio. Desde que o sujeito ativo desfrute, durante algum tempo, da vantagem indevida, em prejuízo alheio, consuma-se o crime, que não desaparece pelo ressarcimento do dano" (STF - *RT* 605/422).**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0303.05.978356-1/001 - Comarca de Iguatama - Apelante: Márcio Cleiton Quirino - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. WALTER PINTO DA ROCHA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2006. - *Walter Pinto da Rocha* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Walter Pinto da Rocha* - Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação criminal interposta por Márcio Cleiton Quirino contra a sentença de f. 133/143, através da qual o MM. Juiz de Direito da Comarca de Iguatama julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o recorrente a um ano e dois meses de reclusão, sem especificar o regime, bem como ao pagamento de 13 dias-multa, fixada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente à época do crime, pela prática do delito previsto no art. 171, *caput*, do CP. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, da seguinte forma:

> A primeira, na modalidade de prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo. A segunda, em limitação de fim de semana, consistente na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, na casa de albergado, ocasião em que deverá fazer a limpeza do estabelecimento (f. 142).

Em suas razões de recurso (f. 153/155), bate-se o apelante pela sua absolvição, alegando, em síntese, a insuficiência de provas para a sua condenação. Sustenta poder inferir das declarações de ambos os denunciados que ele "não passou ou tentou passar o cheque de f. 22 em nenhum estabelecimento comercial" (f. 153). Afirma que a assinatura exarada no cheque não foi verificada através de exame pericial, a fim de constatar-se a sua falsidade. Alega a ocorrência de arrependimento posterior, razão pela qual pede a redução de suas penas, frisando que, "ao contrário do mencionado na v. sentença (f. 138), a devolução da

coisa não necessita de ser espontânea, bastando a voluntariedade, o que [de] fato ocorreu" (f. 154). Sustenta não se ter caracterizado a conduta típica prevista no art. 171, *caput*, do CP, já que, para tal, "deve haver a vantagem ilícita e o prejuízo alheio, que no presente caso não aconteceu, pois o avô de quem subtraiu o cheque quitou junto ao supermercado o valor do referido título", frisando ainda que o dinheiro repassado a ele, apelante, também foi devolvido. Por fim, pede "seja substituída a pena privativa de liberdade, limitação de fim de semana, por outra (por exemplo, prestação de serviços à comunidade)" (f. 154/155).

Contra-razões, pelo Órgão Acusador, às f. 157/161. Alega o apelado que "a confissão de um dos denunciados e a delação do comparsa constituem meio de prova valiosa, suficiente para incriminar o co-réu" (f. 159). Afirma que "o conjunto probatório é robusto, autorizando o provimento condenatório" (f. 160). Sustenta não haver provas de que o prejuízo tenha sido ressarcido, "o que afasta a possibilidade de incidência do arrependimento posterior" (f. 160), salientando "que o estelionato é delito material, consumando-se quando o agente, utilizando-se do artifício ardil, obtém vantagem ilícita em prejuízo alheio" (f. 160). Pugna, enfim, pelo desprovimento da apelação.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 165/168, com o qual opina o seu d. signatário, preliminarmente, pela nulidade da sentença e, no mérito, em observância ao princípio da eventualidade, pelo desprovimento do recurso.

Preliminar - nulidade da sentença:

Alega o douto Procurador de Justiça, subscritor do parecer de f. 165/168, a nulidade da sentença, por ausência de fixação do regime prisional.

Razão assistiria ao r. Procurador, já que a fixação do regime prisional integra o processo de individualização da pena, e a sua omissão, a rigor, implica nulidade da sentença, conforme entendimento remansoso de nossa jurisprudência.

Entretanto, no caso dos autos, verifica-se que o r. Juiz sentenciante considerou as circunstâncias judiciais favoráveis ao apelante, estabelecendo-lhe penas-base no mínimo legal, restando-lhe cominada uma sanção privativa final de um ano e dois meses de reclusão.

Considerando que os critérios para a fixação do regime prisional são as circunstâncias judiciais e o montante final da pena privativa, conclui-se que, se o r. Juiz não tivesse se omitido, deveria ter estabelecido o regime semi-aberto, já que o recorrente é reincidente, o que impede a fixação do regime mais benéfico.

Assim, se a omissão pode ser suprida, de forma segura, em grau de recurso, não deve ser anulada a sentença.

No mesmo sentido: *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF* 127/923; *RJTJSP* 114/527 e *RT* 659/358.

E, assim, também: "Sentença. Nulidade. Omissão sobre o regime prisional. Falta suprível em grau de apelo. Não-caracterização" (*RT* 690/350).

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

Mérito:

Narrou a peça acusatória que:

> no dia 23 de abril de 2004, pela manhã, na Rua Cento e Cinqüenta e Seis, nº 185... Wagner Vicente da Silva subtraiu, para si, coisa alheia móvel pertencente a Lenir Eustáquia de Azevedo (f. 03).

Segue a narrativa da denúncia, *in verbis*:

> Ressai dos autos que o indigitado entrou na residência da vítima, que é sua vizinha, por uma janela nos fundos da casa, adentrando no quarto, onde abriu uma gaveta e retirou uma folha de cheque em branco e, em seguida, foi para a vizinha cidade de Arcos - MG.
> Consta, ainda, que, nesse mesmo dia, na sede do estabelecimento comercial Supermercado União Serv., em Arcos, Wagner Vicente da Silva, Márcio Cleiton Quirino e um

terceiro não identificado, previamente conluiados, obtiveram, em proveito comum, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo em erro o funcionário da pessoa jurídica ofendida, mediante falsificação de cheque.
Apurou-se que, logo após a subtração, o autor Wagner, de posse da *res furtiva*, falsificou o cheque e rumou para a vizinha cidade de Arcos, onde se encontrou com o agente Márcio e resolveram de comum acordo aplicar um golpe na referida empresa. Este, por sua vez, arregimentou uma mulher (não identificada) para efetuar as compras e passar o cheque.
No concerto de condutas, o autor Wagner, juntamente com a mulher, ingressou no estabelecimento onde efetuaram compras no valor de R$ 47,00 (quarenta e sete reais), passaram o cheque no valor de R$ 200,00 e receberam a diferença em pecúnia. Enquanto isso, o autor Márcio permanecia do lado de fora, dando cobertura (f. 03).

Nesses termos, o recorrente foi acusado da prática do crime previsto no art. 171, *caput*, do CP.

A materialidade de tal delito restou comprovada pela cópia de f. 22 e pelas provas orais colhidas, revelando-se mesmo inconteste.

Quanto à autoria, pelo apelante, não há falar em ausência de comprovação.

O recorrente, ao ser ouvido no inquérito policial, afirmou, *in verbis*:

> ... que na data dos fatos foi 'tirar o título de eleitor'; que estava perto da Fumusa, quando chegou Wagner, que é conhecido do declarante; que Wagner mostrou um cheque ao declarante e pediu para que o mesmo trocasse o cheque no União Serv. que Wagner afirmou que o cheque 'era limpeza', pois o declarante perguntou a ele se era roubado; que o declarante disse que não poderia trocar, mas que arrumaria uma pessoa; que arrumou uma mulher, que não sabe o nome, mas é vizinha de sua tia em Arcos e pediram para ela trocar o cheque; que Wagner e a mulher entraram no União Serv, onde ele comprou quarenta e sete reais em compras, sendo mantimentos; que Wagner, então, disse ao declarante que tinha roubado o cheque de sua vizinha; que a mulher ficou com a compra e Wagner deu ao declarante a quantia de sessenta reais... (f. 15/16).

Conquanto afirme o apelante, em tal depoimento, que desconhecia a origem ilícita do cheque em questão, não se pode crer em sua declaração, já que ele mesmo não quis "trocá-lo", conseguindo que uma terceira pessoa o fizesse.

Ademais, sua versão dos fatos foi contraditada pelo co-réu Wagner Vicente da Silva, o qual confirmou o teor da peça de denúncia, *in verbis*:

> ... que, em data que não se recorda, sendo numa sexta-feira, pela manhã, o declarante acordou e viu os fundos da casa de Eustáquia, sua vizinha; que o declarante entrou pela escada da residência e entrou dentro da casa de Eustáquia através de uma janela dos fundos; que abriu uma gaveta e levantou umas roupas, momento em que caiu um talão de cheques; que o declarante destacou uma folha do talão e colocou tudo no mesmo lugar, como estava antes; que o declarante mesmo preencheu a folha no valor de duzentos reais e falsificou a assinatura de Eustáquia; que foi para Arcos e lá se encontrou com Márcio em frente uma escola, nas proximidades da Fumusa; que o encontro foi casual e o declarante, após algum tempo com Márcio, disse que portava a folha de cheques, contando a Márcio que era furtada nesta cidade e que o próprio declarante a havia preenchido; que Márcio chamou uma mulher de que não sabe o nome e convidou-a para fazerem uma compra no União Serv. que Márcio ficou do lado de fora e o declarante entrou com a mulher na loja, onde compraram quarenta e sete reais em compras e receberam o troco de cento e cinqüenta e dois reais; que o declarante deu sessenta reais para Márcio, ficou com noventa e a mulher com as compras... (*sic*, f. 13/14).

Em juízo, o apelante alterou um pouco sua versão dos fatos, afirmando, *in verbis*:

> ... que se encontrou com o acusado Wagner, no dia dos fatos, na cidade de Arcos, o qual ia pedir para trocar um cheque; que o declarante não sabe ler nem escrever; que não concordou com a troca do cheque nem em comparecer na agência da Caixa para descontar o dinheiro; que Wagner acabou conseguindo uma senhora, desconhecida do declarante, a qual conseguiu, junto com Wagner, fazer uma compra e pagar com o referido cheque, de cujo valor não se lembra mais; que nega ter ficado fora do estabelecimento comercial com a finalidade de

> dar cobertura a Wagner; que naquele mesmo dia pediu emprestado a Wagner o valor de R$ 60,00 (sessenta reais), que foi devolvido na Delegacia quando se descobriu que o cheque era furtado; que o próprio Wagner disse ter sido ele quem preencheu e assinou o cheque que pediu para o declarante descontar... (f. 74/75).

E assim também fez o co-réu Wagner, o qual, em seu interrogatório judicial, afirmou, *in verbis*:

> ... que encontrou com o outro acusado em Arcos, no centro daquela cidade, o qual já era conhecido do declarante; que não se lembra se comentou com Márcio sobre a origem do cheque; que combinaram de trocar o cheque sendo que Márcio disse que tinha uma senhora conhecida dele, cujo nome não sabe, e poderia ajudar na troca; que tal senhora foi ao supermercado e fez a compra, no valor de R$ 47,00, pegando o troco do cheque; que a compra foi dada à mulher; que Márcio comprou um perfume, mas não se lembra de quanto deu a Márcio, salvo engano foi R$ 30,00, sendo que, quando descoberto o acontecido, o perfume foi devolvido, pegando o dinheiro de volta e pagando as compras do supermercado; (...) que nega que Márcio tenha pedido R$ 60,00 emprestado ao declarante, mas este, declarante, deu R$ 60,00 a Márcio; que, enquanto fazia as compras, Márcio não entrou no supermercado, e, salvo engano, ele tinha ido embora... (f. 76/77).

De todos esses depoimentos, o que se pode inferir, sem dúvidas, é que o apelante sabia da origem ilícita do cheque em epígrafe, o que se extrai de seu próprio interrogatório judicial; auxiliou o interessado Wagner Vicente da Silva na empreitada criminosa, o que foi por este afirmado, tanto no inquérito quanto em juízo; e partilhou com este, ao final, o produto do delito, o que é também afirmado pelo interessado na fase investigativa e em juízo.

Conquanto o apelante negue ter auxiliado o cometimento do crime, bem como ter participado da divisão de seu produto, suas declarações são inconvincentes e contraditórias, não podendo prevalecer diante da delação segura do co-denunciado Wagner, que o aponta sem se eximir da responsabilidade penal que lhe é imputada.

O fato de o apelante ter permanecido ou não no exterior do estabelecimento comercial da vítima, aguardando a realização das compras, é irrelevante, nada influindo na caracterização de sua participação no delito.

Esta se evidencia, não em razão de ter ele ali permanecido, mas porque sabia da falsificação da assinatura exarada no cheque, auxiliou o interessado na prática do crime, conseguindo terceira pessoa para realizar a compra no supermercado e com aquele repartiu o produto do delito.

Frise-se que a testemunha Marcelo Tadeu de Souza, ouvida conforme termo de f. 117, também afirmou, *in verbis*:

> ... que foi acionado pelo gerente do União Serv porque havia recebido um cheque que havia sido sustado, que o gerente sabia o endereço da pessoa que lhe havia passado o cheque, tendo a Polícia diligenciado no sentido de esclarecer os fatos, chegando à mulher que havia passado o cheque, e esta indicou as pessoas de Márcio e Wagner como sendo as pessoas que passaram o cheque...

Diante de tal conjunto probatório, dúvidas não subsistem acerca da efetiva participação do apelante no delito em voga, não merecendo qualquer reparo a sentença condenatória.

A propósito, o entendimento jurisprudencial:

> (TJMG. Ap. Crim. nº 2.0000.00.506392-7/000. Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça. 14.12.05.)
> Penal. Processo penal. Apelação. Estelionato. Delação. Condenação. Necessidade. - A delação do co-réu, que não se exime de sua responsabilidade, e está amparada pelo acervo probatório produzido, constitui prova apta ao reconhecimento da autoria.
> (TAMG. Ap. Crim. nº 389.734-7. Rel.ª Juíza Maria Celeste Porto. 18.03.03.)
> Ementa: Crime contra o patrimônio. Estelionato. Absolvição. Impossibilidade. Farto conjunto probatório. Nova dosimetria. Incoerência. Isenção de custas. Necessidade.
> - Apoiando-se a sentença condenatória em prova cabal e estreme de dúvidas, restam prejudicados os elementos necessários à justificação da prolação de uma decisão absolutória.

- A delação de co-réu que, sem negar sua responsabilidade, incrimina também o outro acusado no delito merece credibilidade, podendo servir de base ao decreto condenatório.

Quanto à ausência de perícia grafotécnica, não é óbice à condenação do apelante, já que não se exige, necessariamente, tal prova para a demonstração da fraude, mormente em hipótese como a dos autos, em que, por meio de outras provas cabais (inclusive a confissão do interessado Wagner Vicente da Silva), tal circunstância reste seguramente comprovada.

Neste sentido, *v.g.*:

A acusação sobre crime de estelionato prescinde, para sua tipificação, de perícia relacionada à falsidade (TJMG - *RT* 538/413).

Dispensável o exame pericial pois no estelionato, mesmo quando utilizada falsificação material, não há perícia a ser feita (TACRSP - *JTACrim* 62/171).

O estelionato, crime instantâneo, prescinde de exame pericial para atestar-lhe a materialidade (TAPR - *RT* 708/353).

Quanto ao alegado "arrependimento posterior", também não merecem guarida as alegações recursais, já que não foi o apelante quem reparou os danos sofridos pela vítima. Aliás, nem sequer foi o outro condenado quem o fez, mas o seu avô, não incidindo na espécie o disposto no inciso III, *b*, do art. 65 do CP.

Como bem frisou o r. Juiz sentenciante, também, a hipótese não é de incidência do § 1º do art. 171 do CP, uma vez que o apelante é reincidente.

A inexistência de prejuízo à vítima, da mesma forma, não exclui a condenação do recorrente pela prática do delito.

Nesse sentido, *v.g.*:

O delito de estelionato consuma-se com a obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio. Desde que o sujeito ativo desfrute, durante algum tempo, da vantagem indevida, em prejuízo alheio, consuma-se o crime, que não desaparece pelo ressarcimento do dano (STF - *RT* 605/422).

Elidir o prejuízo não descaracteriza o crime, porquanto o estelionato se consuma no momento em que se obtém a vantagem ilícita, com prejuízo alheio, mantida a vítima em erro mediante o uso de meio fraudulento (TARS - *RT* 587/381).

Por fim, também não há falar em substituição da pena restritiva de limitação de fim de semana.

Na substituição da privativa, forçoso é admitir um certo grau de discricionariedade do juiz, não havendo, na espécie, razão para a reforma da sentença, já que a substituição empreendida por Sua Excelência observou os requisitos objetivos, revelando-se suficiente para a reprovação da conduta do apelante.

Não há nulidade que vicie o procedimento ou questão que mereça apreciação de ofício.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

Custas, como da sentença.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Delmival de Almeida Campos* e *Eli Lucas de Mendonça*.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**ROUBO QUALIFICADO - EMPREGO DE ARMA - CONCURSO DE PESSOAS - RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA - RECONHECIMENTO PESSOAL - TESTEMUNHA - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - INSTRUMENTO PÉRFURO-CORTANTE - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - IRRELEVÂNCIA - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - CUSTAS - ISENÇÃO**

**Ementa: Apelação. Roubo majorado. Absolvição. Impossibilidade. Reconhecimento da vítima corroborado pela prova testemunhal. Emprego de arma caracterizado. Utilização de facas. Prescindibilidade de perícia. Restrição à liberdade da vítima. Decote. Inadmissibilidade. Pedido de justiça gratuita. Deferimento.**

**- Não há que se falar em absolvição se o conjunto probatório é consistente em apontar os apelantes como os autores do delito narrado na denúncia, emergindo clara a responsabilidade penal dos mesmos diante do firme reconhecimento feito pela vítima, o qual foi corroborado pelo relato dos policiais que efetuaram a prisão dos agentes e pelo fato de terem sido abordados no interior do carro subtraído, em cujo porta-malas se encontrava confinada a vítima, sendo apreendidas no veículo as armas utilizadas no crime.**

**- Restando comprovado que o roubo foi praticado com o emprego de uma faca e um facão, pouco importa que tais objetos não tenham sido periciados para que se configure a majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CPB, pois, ao contrário da arma de fogo, a faca prescinde de exame pericial, já que pela sua própria natureza é instrumento de inequívoca potencialidade lesiva que intimida a vítima, reduzindo a sua capacidade de resistência, podendo produzir, independentemente da sua forma anatômica, lesões à integridade física da pessoa humana.**

**- Impossível a exclusão da majorante prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do CPB, se constatado que os agentes mantiveram a vítima em seu poder, restringindo-lhe a liberdade de ir e vir na medida em que a colocaram amarrada dentro do porta-malas do próprio veículo, onde permaneceu confinada até ser resgatada pela eficiente atuação da Polícia.**

**- Verificando-se que os réus foram assistidos por defensor pertencente aos quadros do Núcleo de Prática Jurídica de Universidade da Comarca de origem, impõe-se-lhes a concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos da Lei 1.060/50.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0702.04.188566-7/001 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: Wandré Antônio Araújo dos Santos e outra - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. VIEIRA DE BRITO

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2006. - *Vieira de Brito* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Vieira de Brito* - Wandré Antônio Araújo dos Santos e Ana Lúvia Martins Ramos foram denunciados como incursos no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal Brasileiro.

Narra a denúncia (f. 02/03) que, na data de 03.12.04, por volta de 04h30, na Avenida Antônio Tomaz de Resende, próximo ao Bairro Esperança, na cidade de Uberlândia/MG, os acusados supramencionados, agindo em conjunto e com unidade de propósitos, mediante grave ameaça exercida com emprego de armas (facas) e restrição à liberdade da vítima, subtraíram um veículo GM/Corsa, placa GUQ-2114, de propriedade de Erlei da Silva Mota.

Segundo a exordial, a vítima conduzia o veículo supramencionado e, quando passava em um quebra-molas, foi abordada pelo denunciado Wandré, que estava munido de um facão, tendo este ordenado que passasse para o banco traseiro do automóvel. Segue narrando que, nesse ínterim, a acusada Ana Lúvia, portando uma faca, adentrou

o veículo e também passou a ameaçar o ofendido. Sustenta que, uma vez rendida, a vítima foi obrigada pelos agentes a entrar no porta-malas do carro, onde foi mantida.

Descreve ainda que, efetivada a subtração do veículo, os réus dirigiram-se a um caixa eletrônico com o escopo de tentar efetuar o saque com o cartão bancário da vítima; porém, ao pararem o carro, policiais escutaram gritos de socorro, proferidos pelo ofendido, e resolveram averiguar a situação. Segundo a inicial, os milicianos abriram então o porta-malas do veículo e ali encontraram a vítima, sendo que, ato contínuo, prenderam os denunciados, que estavam no interior do automóvel, na posse das facas.

Processados, foram os réus Wandré Antônio Araújo dos Santos e Ana Lúvia Martins Ramos condenados como incursos no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do CPB, sendo-lhes impostas penas comuns de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 19 (dezenove) dias-multa, no patamar unitário mínimo, fixado para ambos o regime prisional fechado (sentença - f. 98/103).

Inconformada, apela a defesa comum dos réus (f. 105 e 108/113), pleiteando a absolvição dos mesmos, ao argumento de que não foram eles os autores do delito em apuração. Sustenta que os apelantes somente estavam passando pelo local e, por serem pessoas simples e terem passagem anterior pela Polícia, foram abordados pelos policiais que, automaticamente, acusaram-nos da prática do roubo por estarem observando o que aquele veículo estava fazendo com as portas abertas, parado na rua, sem ninguém dentro. Salienta que nenhum objeto foi apreendido em poder de qualquer dos acusados.

Subsidiariamente, pugna pelo decote das majorantes do emprego de arma e da restrição à liberdade da vítima. Alega que as armas supostamente apreendidas em poder dos recorrentes eram de pouca ou nenhuma ofensividade, encontrando-se enferrujadas, não tendo sido realizado ainda o devido exame pericial nos referidos artefatos para se aferir a capacidade de ferirem a integridade física de alguém.

Assevera, por outro lado, que a majorante prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do CPB também deve ser excluída da condenação, uma vez que a vítima teria sido contida pelos supostos agentes por um espaço de tempo não superior a trinta minutos, ou seja, um período insignificante para caracterizar a referida causa de aumento. Por fim, requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita por serem os acusados pobres no sentido legal, tanto que foram assistidos pelo Núcleo de Prática Jurídica da Unitri.

Contra-razões apresentadas às f. 114/120, em que, rechaçando as alegações defensivas, pugna o Órgão Ministerial pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, pronunciou-se a douta Procuradoria de Justiça, através de parecer elaborado pelo Dr. Luiz Vicente R. Calicchio, opinando pelo improvimento do apelo (f. 125/126).

Registre-se que, à f. 129, converti o feito em diligência, por observar que a ré Ana Lúvia não havia sido intimada pessoalmente da sentença condenatória. Cumprida a diligência pelo ilustre Juiz singular, foram os autos novamente remetidos a esta Corte para o julgamento do recurso aviado.

É o sucinto relatório.

Conheço do recurso, pois que presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Não tendo sido argüidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

Pleiteia a ilustre defesa a absolvição dos apelantes sob a tese de negativa de autoria.

Em que pese o esforço do aguerrido defensor, não vejo como acolher o pleito absolutório, uma vez que a condenação proferida em primeira instância se encontra firmemente

amparada nos elementos de prova amealhados durante a persecução penal.

Com efeito, embora os recorrentes tenham negado peremptoriamente a prática do delito (f. 09/10 e f. 54/57), as suas versões restaram isoladas nos autos, sem qualquer outro elemento a reforçá-las, tendo a vítima os reconhecido firmemente como os autores do roubo (f. 08 e f. 69).

E já é por demais pacífico que, nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, a palavra da vítima assume relevante valor probatório, uma vez que não tem qualquer intenção de incriminar inocentes, mormente quando se tratar o agente de completo desconhecido.

Aliás, a jurisprudência é farta em atribuir credibilidade à palavra da vítima em casos como o presente, se não, vejamos:

> No campo probatório, a palavra da vítima de um assalto é sumamente valiosa, pois, incidindo sobre proceder de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação, e não acusar inocentes (TACRIM-SP - AC - Rel. Manoel Carlos - *JUTACRIM* 90/362).
> A palavra da vítima, em caso de roubo, deve prevalecer à do réu, desde que serena, coerente, segura e afinada com os demais elementos de convicção existentes nos autos (TACRIM-SP - AC - Rel. Celso Limongi - *JUTACRIM* 94/341).

*In casu*, o ofendido foi firme e coerente em apontar os apelantes como os agentes do roubo, assim se pronunciando na fase judicial:

> Que reconhece nos acusados aqui presentes os elementos que o seqüestraram; que ao entrar no carro disseram ao depoente que queriam dinheiro; (...) Que o acusado encontrava-se armado com um facão e a acusada com uma faca; (...) Que o acusado aqui presente enfiou o facão pelo vidro do carro do depoente, ficando a uns 10 cm de distância de seu rosto. Que foi a acusada Ana Lúvia quem amarrou o depoente ao cinto de segurança... (f. 69).

Com efeito, verifica-se da referida transcrição que o ofendido Erlei da Silva Mota descreveu com riqueza de detalhes o *modus operandi* do delito, apontando com segurança os réus Wandré e Ana Lúvia como os autores do roubo contra si perpetrado.

Ademais, a corroborar a palavra da vítima existem as declarações prestadas em juízo pelos policiais Ywster Pablo Couto Capucho e Railton Silva de Santana (f. 67/68), os quais foram responsáveis pela prisão em flagrante dos acusados, tendo ambos confirmado que abordaram os agentes no interior do veículo em cujo porta-malas se encontrava confinada a vítima, apreendendo com eles uma faca e um facão.

Portanto, ao contrário da negativa dos réus, a palavra do ofendido se encontra em plena harmonia com outros elementos de prova trazidos aos autos, tudo convergindo para a conclusão de que os mesmos praticaram efetivamente o delito que lhes fora atribuído.

Com efeito, não há como dar crédito às versões dos acusados, já que se apresentaram completamente desprovidas de verossimilhança, verificando-se que não passaram de vãs tentativas de se esquivarem da responsabilidade penal.

De fato, na Polícia (f. 09/10), tanto Wandré quanto Ana Lúvia afirmaram ter deparado com o veículo Corsa parado na rua, com as portas abertas, tendo ambos resolvido adentrar o seu interior, onde se encontrava um facão e uma faca. Disseram não ter percebido ninguém chamar por socorro no porta-malas, declarando não ter achado estranho o fato de o automóvel se encontrar aberto e com facas em seu interior.

Em juízo (f. 54/57), modificaram o relato apresentado na fase inquisitorial, asseverando nem sequer terem entrado no carro, afirmando terem sido abordados pela Polícia quando se aproximavam do veículo.

Ora, é patente que as versões apresentadas pelos apelantes não gozam de credibilidade,

até porque foram amplamente desconstituídas pela vítima - que, sem titubear, apontou-os como sendo os autores do roubo -, bem como pelos policiais que efetuaram o flagrante, os quais foram contundentes em afirmar que ambos os agentes foram encontrados no interior do automóvel do ofendido com as facas utilizadas para efetivar a ameaça.

Portanto, a meu ver, não restam dúvidas de que os recorrentes foram os autores do ilícito em apuração, tendo sido presos em flagrante dentro do veículo subtraído, em cujo porta-malas se encontrava a vítima pedindo por socorro, sendo apreendidas com eles as armas usadas para intimidar o ofendido, tudo convergindo para a certeza de que cometeram o crime pelo qual restaram devidamente condenados no Juízo *a quo*.

Rechaçada a tese de negativa de autoria, passo a analisar o pedido defensivo referente ao decote das majorantes do emprego de arma e da restrição à liberdade da vítima.

Examinando o conjunto probatório, tenho que melhor sorte não socorre a defesa, uma vez que as referidas causas de aumento restaram sobejamente caracterizadas, ensejando o acertado acréscimo previsto no § 2º do art. 157 do CPB.

Com efeito, o emprego de arma foi devidamente demonstrado nos autos pelo auto de apreensão acostado à f. 18, bem como pelas declarações da vítima e dos policiais que participaram da prisão em flagrante dos agentes.

De fato, ficou comprovado que os apelantes ameaçaram a vítima mediante emprego de armas brancas consistentes em um facão de aproximadamente 50 cm e uma faca de aproximadamente 17 cm, cujas potencialidades lesivas são inequívocas, óbvias, prescindindo de qualquer laudo que ateste a capacidade delas de ofender a integridade física de alguém.

Ora, instrumentos que tais são, sem sombra de dúvida, objetos aptos não só a atemorizar a vítima como a lhe ofender a incolumidade física, e, assim sendo, é totalmente dispensável a realização de prova pericial para a aferição das suas idoneidades lesivas.

A faca é considerada como arma imprópria por ser ocasionalmente utilizada para o ataque, sendo que, ao contrário da arma de fogo, não exige para a constatação da sua ofensividade laudo pericial, já que pela sua própria natureza é instrumento de inegável vulnerabilidade, que intimida a vítima, reduzindo a sua capacidade de resistência, podendo produzir, independentemente da sua forma anatômica, lesões na pessoa humana.

Assim, restando demonstrado que o delito de roubo foi praticado com o emprego de uma faca e de um facão, pouco importa que os referidos objetos não tenham sido periciados, pois, ainda assim, configurada restará a majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CPB.

Nesse sentido, peço vênia para colacionar brilhante entendimento manifestado pelo eminente Colega de Câmara, Dr. Antônio Armando dos Anjos, que, por ocasião da Apelação Criminal nº 370.964-6, da Comarca de Juiz de Fora, assim se pronunciou:

> Tendo a grave ameaça sido exercida com emprego de arma branca, dispensável o laudo de aferição de sua eficiência ou de potencialidade ofensiva, pois estas são óbvias, pouco importando que a mesma tenha sido ou não apreendida, que falte comprovação se estava ou não afiada, se era faca, punhal ou canivete, se sua extremidade era pontuda ou arredondada, pois, mesmo sem esses requisitos, é instrumento capaz de causar temor e dano à integridade física da vítima.

Por fim, é inócuo o argumento defensivo de que as armas se apresentavam enferrujadas, porquanto isso em nada interfere na capacidade das mesmas de produzir lesões na pessoa da vítima.

No que concerne à majorante alusiva à restrição à liberdade da vítima, tenho que também foi acertadamente reconhecida no *decisum* primevo, uma vez que restou devidamente

comprovada nos autos, na medida em que a vítima permaneceu confinada no interior do porta-malas de seu veículo, sendo irrelevante o tempo que tal situação haja perdurado.

Referida causa de aumento foi introduzida pela Lei nº 9.426/96 como forma de se punir mais severamente o agente de roubo que mantém a vítima em seu poder, restringindo-lhe a liberdade de ir e vir. Assim, ainda que a restrição à liberdade do ofendido seja de curta duração, desde que juridicamente relevante, enseja o acréscimo de pena previsto no § 2º do art. 157 do CPB.

A corroborar o entendimento aqui exposto, confira-se:

> ...Ocorre roubo qualificado previsto no art. 157, § 2º, V, do CP, na hipótese em que o agente mantém a vítima por cerca de 15 minutos em seu poder, restringindo a sua liberdade, tempo esse mais do que suficiente para a configuração da qualificadora, porquanto o verbo "restringir", utilizado pelo legislador, é de menor intensidade que a privação referida no art. 148 do mesmo diploma legal, sendo certo que, se o período for prolongado, nasce um crime autônomo, de seqüestro e cárcere privado, a ser considerado em concurso material (*RJTACrim* 50/145).

*In casu*, a restrição de liberdade foi juridicamente relevante, pois que o ofendido foi abordado pelos réus, sendo constrangido a se despir, sendo ainda imobilizado e colocado dentro do porta-malas do próprio veículo, permanecendo confinado por razoável lapso temporal até que percebeu a presença da Polícia e começou a gritar por socorro, momento em que foi descoberto e retirado daquele local.

Vejamos as suas declarações em juízo, *verbis*:

> Que o acusado encontrava-se armado com um facão e a acusada com uma faca; que ao ser abordado os acusados mandaram que o depoente tirasse toda sua roupa, ficando só de cueca, cortaram o cinto de segurança de seu carro e o amarraram com o mesmo, colocando-o no porta-malas do carro; (...) que foi libertado pelos policiais no caixa 24 horas no Posto da Matinha; (...) Que ficou em poder dos acusados entre 01h30 e 02h00 (f. 69).

Ora, a meu ver, toda a seqüência fática caracterizou, sem sombra de dúvida, a majorante prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do CPB, justificando o aumento de pena decorrente da maior reprovabilidade da conduta dos agentes.

Portanto, tenho que a r. sentença singular se apresenta irretocável, tendo a ilustre Magistrada *a qua* dosado as reprimendas dos apelantes com parcimônia, observando fielmente os critérios da necessidade e suficiência, espelhando as penas a justa reprovação ao crime por eles cometido.

Neste ponto, convém salientar que, embora tenha ocorrido um erro no cálculo das penas impostas, vez que, de acordo com os acréscimos aplicados pela Julgadora, ter-se-ia uma reprimenda final equivalente a 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias de reclusão, tal equívoco não pode ser sanado nesta instância revisora, sob pena da repudiada *reformatio in pejus*, visto que as penas aplicadas na sentença - 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão - totalizaram *quantum* inferior ao que resultaria da operação correta.

Os regimes carcerários também foram estabelecidos de forma correta, afigurando-se condizentes com a condição pessoal dos acusados, que são reincidentes em crimes dolosos, sendo o regime fechado o mais adequado para fins de prevenção especial da pena.

Na seqüência, ressalto que os recorrentes não fazem jus a qualquer medida despenalizadora em razão do *quantum* de pena aplicado (art. 44, I, e art. 77, ambos do CPB), bem como diante do fato de ter sido o crime perpetrado mediante ameaça contra a pessoa (art. 44, I, do CPB), além da condição deles de agentes reincidentes (art. 44, II, e art. 77, I, ambos do CPB).

Por derradeiro, no que concerne ao requerimento de justiça gratuita formulado pela defesa, tenho que deve ser acolhido, uma vez

que se trata de réus que foram assistidos por defensora pertencente aos quadros do Núcleo de Prática Jurídica da Unitri (Centro Universitário do Triângulo) - f. 93/97 e f. 108/113 -, fazendo jus à isenção de custas, nos termos do art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, apenas para conceder aos apelantes Wandré Antônio de Araújo dos Santos e Ana Lúvia Martins Ramos a isenção das custas processuais, nos termos do art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03, mantida, no mais, a bem lançada sentença primeva.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Hélcio Valentim* e *Pedro Vergara*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

## *HABEAS CORPUS* - PRISÃO PREVENTIVA - HOMICÍDIO QUALIFICADO - PERICULOSIDADE DO AGENTE - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - AMEAÇA A TESTEMUNHA - CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - FUGA - DENEGAÇÃO DA ORDEM

**Ementa: *Habeas corpus*. Denúncia pela prática de delito de expressiva gravidade. Periculosidade do agente. Ameaça a testemunhas. Fuga. Prisão preventiva. Cabimento. Ordem denegada.**

**- A periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, basta, por si só, para embasar a custódia cautelar, no resguardo da ordem pública.**

**- A ameaça a testemunhas recomenda a decretação da preventiva por conveniência da instrução criminal.**

**- A simples fuga do acusado do distrito da culpa ou sua não-apresentação à autoridade, dificultando a apuração dos fatos, justifica, por si só, o decreto de prisão preventiva.**

*HABEAS CORPUS* N° 1.0000.05.432130-2/000 - Comarca de Pedro Leopoldo - Paciente: Marcos Antônio Garajau - Autoridade coatora: J.D. da 1ª Vara da Comarca de Pedro Leopoldo - 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, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 9 de fevereiro de 2006. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. José Antonino Baía Borges* - Trata-se de ordem de *habeas corpus*, impetrada em favor de Marcos Antônio Garajau, denunciado pela prática do crime do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, e preso preventivamente por força de decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pedro Leopoldo.

O impetrante alega que a autoridade coatora não indicou nenhum elemento objetivo que pudesse justificar a decretação da custódia cautelar do paciente e que ele possui bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito.

Pede a expedição de alvará de soltura.

Liminar indeferida (f. 39).

Informações foram prestadas (f. 45/96).

A d. Procuradoria é pela denegação da ordem (f. 99/103).

Decido.

De início, cumpre dizer que o princípio do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII), invocado pelo impetrante na inicial da presente impetração, apenas proíbe a aplicação, ao acusado, dos efeitos penais que só decorrem de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas não a prisão preventiva ou em flagrante, previstas em lei, fazendo-se bastantes indícios suficientes de autoria (CPP, arts. 302 e 312).

De outro lado, o impetrante afirma que a autoridade coatora não indicou nenhum elemento objetivo que pudesse justificar a decretação da custódia cautelar do paciente.

Com a devida vênia, basta uma simples leitura da decisão, cuja cópia se acha às f. 53/55, para se constatar que o MM. Juiz decretou a segregação cautelar do paciente baseando-se em fatos concretos extraídos dos autos, que, a toda evidência, justificam a adoção da questionada medida.

Com efeito, dali consta que o paciente praticou um crime de homicídio que se reveste de especial gravidade, porque causado pela recusa da vítima em continuar a traficar drogas para o co-réu, o que revela a sua periculosidade; que testemunhas estão sendo ameaçadas; e que, decorridos mais de dois meses do cometimento do delito, o paciente ainda não se havia apresentado, estando foragido.

Como se vê, há dados objetivos suficientes para justificar a decretação da segregação cautelar como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar aplicação da lei penal.

Afinal, é sabido que a periculosidade do paciente, evidenciada pela gravidade do crime praticado, não pode ser de todo desconsiderada quando se examinam a conveniência e o cabimento da segregação cautelar, tendo em vista que tal periculosidade recomenda e autoriza a custódia preventiva, como medida de resguardo da ordem pública, em cujo conceito não se compreende apenas a prevenção da reprodução de fatos criminosos, mas também o acautelamento do meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão.

Nesse sentido, a lição de Júlio Fabbrini Mirabete (cf. *Código de Processo Penal interpretado*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 690).

Nesse mesmo sentido, a seguinte decisão do STJ: “A periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, basta, por si só, para embasar a custódia cautelar, no resguardo da ordem pública” (*JSTJ* 8/154).

É também sabido que a ameaça a testemunhas recomenda a decretação da preventiva por conveniência da instrução criminal.

E é igualmente sabido que “a simples fuga do acusado do distrito da culpa, tão logo descoberto o crime praticado, já justifica o decreto de prisão preventiva” (STF, *RT* 497/403).

Por fim, presentes os requisitos da preventiva, é irrelevante saber se o paciente possui bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito.

Diante dessas considerações, tenho que a r. decisão de f. 53/55 contém fundamentação que empresta ampla legalidade à decretação da segregação cautelar do paciente, além do que não se deve desconsiderar, aqui, a proximidade da autoridade coatora dos fatos, o que lhe propicia, inegavelmente, uma melhor percepção do que se passa.

Do exposto, denego a ordem.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Beatriz Pinheiro Caires* e *Reynaldo Ximenes Carneiro*.

*Súmula* - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

## USURPAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA - ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO FUNERÁRIO - PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - LICITAÇÃO - INEXIGIBILIDADE - ARTS. 25 E 26 DA LEI 8.666/93 - DOLO - INEXISTÊNCIA - ATIPICIDADE - ABSOLVIÇÃO

**Ementa: Apelação. Usurpação de função pública. Absolvição. Recurso da acusação. Condenação pretendida. Impossibilidade. Crime não caracterizado. Regularidade da permissão para a prestação de serviços funerários. Prescindibilidade de licitação. Inteligência do art. 26 da Lei 8.666/93. Dolo não comprovado. Absolvição mantida. Recurso a que se nega provimento.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0476.04.000610-0/001 - Comarca de Passa-Quatro - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Illan Eduardo Guedes - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 2 de março de 2006. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro* - Trata a espécie de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Illan Eduardo Guedes (f. 122v-TJ), irresignado com a sentença que o absolveu do delito insculpido no art. 328, parágrafo único, do Código Penal (f. 122-TJ).

Em razões de recorrer, encartadas às f. 128/129-TJ, o apelante bate-se pela reforma do *decisum* primitivo, pugnando pela condenação do apelado na capitulação original que lhe atribuiu a denúncia, visto que comprovado o delito à saciedade e claro nos autos o dolo do agente na consecução do crime.

Por sua vez, responde o apelado em contra-razões, às f. 131/135-TJ, suplicando seja negado provimento ao recurso ministerial, com a mantença, *in totum*, da sentença primitiva.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 142-TJ).

Assim relatados.

Hei de conhecer da apelação, à evidência de seus pressupostos de admissibilidade.

À vista dos autos, vislumbro a prevalência da absolvição decretada na sentença monocrática sobre a tese acusadora verificada no recurso.

Narra a peça ministerial de ingresso que Illan Eduardo Guedes, através da empresa Illan Eduardo Guedes - ME, vinha efetuando, desde 2 de dezembro de 2002, a venda de urnas mortuárias, coroas e flores, bem como o transporte de cadáveres até o cemitério local, sem que tais serviços públicos funerários lhe tivessem sido delegados via licitação, usurpando, portanto, o exercício da função pública de modo consciente e voluntário, auferindo, inclusive, vantagem pecuniária decorrente da conduta.

Daí o Ministério Público denunciá-lo como incurso nas sanções do art. 328, parágrafo único, do CP.

Ao cabo da instrução criminal, o apelado fora absolvido em primeiro grau de jurisdição da prática do crime de usurpação de função pública, com espeque no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

O Magistrado fundamentou a absolvição do apelado no fato de que os atos por ele praticados o alçariam à função de "agente funerário" ou similar, inexistindo, todavia, nos autos, indicação de que o Município contivesse tal cargo ou função em seus quadros funcionais. Ademais, não vislumbrou na conduta do réu o dolo, *conditio sine qua non* para a caracterização do delito, visto que "...sempre atuou respaldado pelo Município e, sem dúvida, prestou serviço relevante..." (*in verbis*).

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas quanto à imprescindibilidade da vontade livre e consciente do agente de usurpar a função pública - gratuita ou remunerada - e realizar ato oficial a ela inerente, sabendo-o indevido.

> Processual penal. *Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Crime de usurpação de função pública.
> - O delito do art. 328 do Código Penal não se configura sem o ânimo de usurpar, indispensável que o agente se faça passar por ocupante de função pública e que pratique atos a ela pertinentes, com vontade deliberada de exercê-la.
> - Recurso provido, estendendo-se os efeitos desta decisão ao co-réu (art. 580, CPP) (*RHC* 2.356/CE, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, Quinta Turma, data do julgamento: 02.12.92; data da publicação/Fonte: *DJ* de 17.12.92, p. 24.256).

Sem sombra de dúvida, a melhor exegese da Carta Magna leva à certeza de que os préstimos funerários são de competência do Município, visto que se inserem na categoria dos serviços públicos de interesse local, nos termos do art. 30, inciso V, da Constituição Federal.

Referido dispositivo vem de permitir ao particular a efetivação de serviços que tais por meio de concessão ou permissão.

Em verdade, dúvidas não pairam de que o apelado realizou os atos descritos na exordial acusatória - de competência do Município: ele não nega; tampouco, o acervo probatório conduz a entendimento diverso. E o fez, ao menos em parte, secundado por permissão - ainda que sem licitação - nos moldes da legislação de regência da matéria, que exclui o crime.

Ora, é sumamente importante ponderar que as contratações diretas da Administração Pública, ou seja, as que se celebram sem licitação, têm previsão legal expressa e classificam-se em:

- licitações dispensadas: art. 17, inc. I e II e alíneas, da Lei 8.666/93.

- licitações dispensáveis: art. 24 da Lei 8.666/93 e

- licitações inexigíveis: art. 25 da Lei 8.666/93.

Com efeito, a hipótese dos autos subsume-se, à luz da prova, no *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93, se não, vejamos:

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
> I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
> II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
> III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.
> § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

O rol não é taxativo, por óbvio.

A cabeça do artigo em comento dá margem à compreensão inequívoca do sentido amplo do termo "inviabilidade de competição", abrangendo não somente os casos expressos nos incisos subseqüentes, mas também situações outras imponderáveis, como no caso concreto, em que no Município de Passa-Quatro outra empresa do ramo funerário não há, senão a de titularidade do apelado.

No caso presente, a licitação é inexigível e vem devidamente justificada, em obediência ao art. 26 da Lei 8.666/93 (f. 17-TJ e 71-TJ).

Não se diga, portanto, de qualquer ofensa à Lei Municipal nº 1.383/96, já que, se licitação não houve, se deveu tal ausência ao permissivo do supracitado art. 26, e a hierarquia das normas é indiscutível no sistema constitucional pátrio, donde a prevalência da lei federal sobre a municipal.

Ainda assim, nunca será demais ponderar sobre a inexistência do dolo, essencial para caracterizar o crime *sub examine*.

A ninguém é dado escudar-se no desconhecimento da lei para se esquivar da responsabilidade penal.

Entretanto, o brocardo latino - *ignorantia legis neminem excusat* - há de ser tomado com a devida cautela para que não se chegue ao cúmulo de se exigir do cidadão a ciência de compêndios e da legislação federal, estadual e, quiçá, municipal em vigor, senão uma noção básica e geral da legalidade.

Mesmo a aplicação da parêmia da *mihi factum dabo tibi jus* prescinde da apresentação, pela parte, da legislação estadual ou municipal que invoca, visto que tampouco o magistrado está obrigado a sabê-las todas.

Nessa perspectiva, não se pode arredar como escusa, tampouco, a "aparência de licitude" que reinava no enredo delineado nos autos, levando a todos - apelado, Administração Pública e comunidade - à crença sincera da presteza dos misteres funerários *comme il faut*, nos lindes estritos da legalidade.

Da herança genética à aprendizagem por observação, passando pelo instinto inato, assim como pela cultura adquirida no meio social, o luto traz, indissociáveis, os sentimentos de dor e respeito.

Não posso deixar de observar que a falta de préstimos de natureza tão peculiar e necessária e inestimável, como os serviços de luto, ganharia proporções desastrosas inimagináveis e desembocaria na instalação do caos na comunidade, mas a prudência impede-me de descer a minudências para justificar algo assim tão óbvio.

Nesse quadro, a boa-fé do apelante é tema pleno de verossimilhança.

Ora, a usurpação de função pública é delito que não se pune a título de culpa, à falta de previsão legal, por força do princípio da legalidade ou reserva legal, preconizado na Constituição da República (art. 5º, inciso XXXIX), e igualmente no art 1º do Código Penal, em cotejo com o parágrafo único do art. 18 do CP, que prevê, *ipsis litteris*: "Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente".

Não há exteriorização de qualquer intenção de usurpar a competência do Município, em prejuízo à Administração Pública, nas ações ditas criminosas do apelado. Vislumbra-se apenas a intenção de desincumbir-se dos interesses dos munícipes na prestação de serviços funerários que o próprio Poder Executivo local condescende, via permissão, pela edição de decretos, porque não realiza serviços fúnebres ele próprio e porque não existe, no Município, outro prestador da mesma espécie de serviço, altamente relevante, prestimoso e absolutamente imprescindível na comunidade, como se vê da profusão de provas nesse sentido, dispensando-se aprofundadas explanações sobre o tema.

Também à ausência do elemento volitivo, não há subsistir o crime.

Posto isso, nego provimento ao apelo ministerial, mantendo, pois, a absolvição do apelado exarada na bem lavrada sentença monocrática.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Hyparco Immesi* e *Beatriz Pinheiro Caires*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

**FURTO - FALSA IDENTIDADE - CONCURSO MATERIAL - AUTORIA - MATERIALIDADE - PROVA - RENÚNCIA - CONDENAÇÃO - DEFENSOR DATIVO - PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE**

**Ementa: Furto simples em continuidade delitiva em concurso material com o crime de falsa identidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenações impostas. Renúncia ao direito de recorrer. Advogado dativo.**

**- "A renúncia ao direito de apelar constitui faculdade processual de que é titular o próprio réu condenado, não obstante seja lícito ao seu defensor, desde que investido de poderes especiais, também abdicar do exercício desse mesmo direito. O direito de recorrer, que é essencialmente disponível, constitui situação jurídica que admite, em sede processual penal, a prática legítima da renúncia. O caráter voluntário da apelação criminal submete plenamente essa espécie recursal ao poder dispositivo de qualquer dos sujeitos da relação processual penal, os quais poderão, em conseqüência, renunciar ao seu exercício. A única limitação existente incide sobre o MP, que, embora dispondo da faculdade de não recorrer, não poderá desistir da impugnação recursal que houver deduzido. Desde que plenamente capaz, pode o condenado renunciar ao seu direito de apelar. Essa manifestação de vontade do sentenciado, quando exteriorizada ao auxiliar do juízo, deve ser, para efeito de sua validade, reduzida a termo, assinado pelo próprio renunciante e, também, pelo oficial de justiça, escrevente ou pessoa judicialmente incumbida da diligência, sem prejuízo da intimação pessoal da decisão penal condenatória ao defensor constituído ou dativo" (STF - *HC* - Rel. Celso de Mello - *RT* 655/380).**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0216.05.031883-3/001 - Comarca de Diamantina - Apelante: Denilson Borges da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO CONHECER DO RECURSO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 14 de março de 2006. - *Sérgio Braga* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Sérgio Braga* - Denilson Borges da Silva, inconformado com a decisão de f. 73/75, que o condenou às penas definitivas de um ano, seis meses e vinte dias de reclusão, equivocadamente lhe fixando o regime semi-aberto, já que reincidente, mais o pagamento de dezessete dias-multa, com valor unitário mínimo legal, por infrações ao art. 155, *caput*, do Código Penal, e quatro meses de detenção, no mesmo regime, por incurso no art. 307 do mesmo diploma repressivo, negando-lhe qualquer benefício, em face da insatisfação dos requisitos legais, apela a tempo e modo (f. 80), restringindo em suas razões (f. 83/87) sua irresignação tão-somente quanto à condenação nas penas do art. 307 do CP, pedindo sua absolvição quanto a tal delito e a exclusão, em

relação ao apenamento, das conseqüências jurídicas que decorreram de tal condenação.

Contra-razões ministeriais às f. 89/91, opinando pelo conhecimento do recurso e seu improvimento.

Quanto aos fatos, extrai-se da exordial acusatória que:

> "... no dia 11 de maio de 2005, por volta das 11h30m, na Vila Alexandre Mascarenhas, o denunciado subtraiu para si a quantia de R$ 70,00 (setenta reais), pertencente a Julieta Mendes da Silva, sendo preso em flagrante delito na cidade vizinha de Presidente Juscelino/MG, conforme faz certo o APFD. Nessa oportunidade, forneceu falsamente seus dados à Polícia, procurando não ser identificado.
> Segundo se apurou na ocasião dos fatos, a vítima, como de costume, estando na localidade de Camelinho, pegou uma carona em um caminhão para a cidade de Curvelo, onde vende frutas na feira, e o denunciado, alegando o mesmo propósito de se dirigir até a cidade de Curvelo, embarcou na carroceria do caminhão, onde se encontravam os pertences da vítima. A vítima, ao procurar sua bolsa para pagar um lanche, notou que seus pertences estavam remexidos e deu falta da quantia de R$ 70,00 que se encontrava dentro de uma sacolinha plástica.
> Ao notar a descoberta, o denunciado se evadiu do local, sendo preso em um quintal de uma casa com a quantia de R$ 25,00 (vinte e cinco reais).
> Também foi apreendida em poder do denunciado uma blusa de lã pertencente a Neoraci de Jesus dos Santos Moura, que havia sido objeto de furto, na data de 09.05.05, dentro de um ônibus no centro da cidade de Gouveia/MG, conforme faz certo o auto de apreensão de f. 15, laudo de avaliação de f. 17 e termo de restituição de f. 19.
> Conduzido até a Delegacia de Polícia, o denunciado confessou a prática delituosa, mencionando que forneceu seus dados falsamente, pois tencionava não ser identificado pela Polícia e conseqüentemente 'liberado', uma vez que já é conhecido por outras práticas delituosas na cidade de Gouveia/MG e região.
> A materialidade delitiva consubstancia-se pelo auto de apreensão de f. 15, termo de restituição de f. 18/19 e laudo de avaliação de f. 17..."

O apelante foi processado regularmente, nos termos do relatório da sentença, que ora adoto por suficiente, encontrando-se recolhido à prisão.

A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do eminente Procurador de Justiça Luiz Antônio Sasdelli Prudente (f. 96/100), reconhecendo as divergências sobre o tema, opina pelo conhecimento do recurso e seu provimento.

Quanto ao conhecimento do recurso:

O réu está assistido por advogado dativo e, conforme se vê à f. 78-frente e verso, o Sr. Escrivão certificou o desejo do condenado de que a decisão não fosse recorrida, exarando o mesmo condenado sua assinatura em seguida, no anverso da folha.

Pois bem.

Segundo Mirabete (*Processo Penal*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998, 8. ed., p. 610):

> ... o direito de renunciar é da parte, não podendo ter seu exercício obstado pela discordância do advogado constituído, e muito menos pelo defensor dativo, a quem não foram concedidos poderes expressos para tal, pois a tanto não conduzem as relações derivadas do mandato, nem o princípio da defesa técnica (*RT* 554/36, 603/337, 618/314, 639/342).

Embora o conhecimento do recurso não traga nenhum prejuízo ao réu, porque proibida a *reformatio in pejus* em recurso exclusivo da defesa, entendo que as razões do renunciante devem ser respeitadas, ainda que não expressas, porque a tanto não está obrigado. Provavelmente, suas razões têm a ver com a maior publicidade que sempre decorre das medidas processuais que envolvem o recurso.

Lado outro, mesmo sem adentrar o mérito, não há a menor possibilidade de prosperarem as teses esgrimidas pela defesa, porque, se assim não fosse, o recurso seria conhecido como *habeas corpus*, de ofício, o que não é o caso, repito.

Doutrina e jurisprudência são acordes na prevalência do expresso desejo do condenado

de renunciar ao recurso, como se colhe dos julgados que colaciono:

> A renúncia ao direito de apelar constitui faculdade processual de que é titular o próprio réu condenado, não obstante seja lícito ao seu defensor, desde que investido de poderes especiais, também abdicar do exercício desse mesmo direito. O direito de recorrer, que é essencialmente disponível, constitui situação jurídica que admite, em sede processual penal, a prática legítima da renúncia. O caráter voluntário da apelação criminal submete plenamente essa espécie recursal ao poder dispositivo de qualquer dos sujeitos da relação processual penal, os quais poderão, em conseqüência, renunciar ao seu exercício. A única limitação existente incide sobre o MP, que, embora dispondo da faculdade de não recorrer, não poderá desistir da impugnação recursal que houver deduzido. Desde que plenamente capaz, pode o condenado renunciar ao seu direito de apelar. Essa manifestação de vontade do sentenciado, quando exteriorizada ao auxiliar do juízo, deve ser, para efeito de sua validade, reduzida a termo, assinado pelo próprio renunciante e, também, pelo oficial de justiça, escrevente ou pessoa judicialmente incumbida da diligência, sem prejuízo da intimação pessoal da decisão penal condenatória ao defensor constituído ou dativo (STF - *HC* - Rel. Celso de Mello - *RT* 655/3 80).

> O exercício do direito de recorrer em sede processual penal reveste-se de caráter voluntário. Assiste ao condenado, desse modo, a faculdade de livremente renunciar, por ato próprio, à interposição do recurso criminal cabível. Precedentes. Não se conhece de recurso criminal interposto pelo defensor, se o acusado em momento anterior, e por ato pessoal, vem a renunciar, validamente, ao direito de apelar contra a sentença que o condenou. A decisão do Tribunal que, em tal circunstância, não conhece desse recurso não ofende a cláusula constitucional que assegura aos acusados a plenitude de defesa em juízo penal (STF - RE - Rel. Celso de Mello - *RTJ* 152/597).

> Apelação - Renúncia - Réu maior de vinte e um anos, cuja declaração de vontade se reveste de plena eficácia jurídica - Desistência homologada. - O caráter voluntário da apelação criminal converte-a em espécie recursal inteiramente submetida ao poder dispositivo de qualquer dos sujeitos da relação processual penal, os quais poderão, em conseqüência, renunciar ao seu exercício (TJSP - AP - Rel. Andrade Cavalcanti - *JTJLEX* 165/337).

> Se o réu, maior e capaz, ao ser intimado da sentença condenatória, renunciou ao direito de recorrer, não se toma conhecimento da apelação anteriormente interposta pelo defensor dativo (TACRIM-SP - AP - Rel. Haroldo Luz - *RT* 730/565).

> Manifestada de modo inequívoco a vontade do acusado em não acionar o 2º grau de jurisdição, resignando-se com a condenação decretada, inviável o conhecimento do recurso interposto pelo defensor, porque implicaria flagrante desrespeito à escolha do próprio destinatário da sanção penal (TACRIM-SP - AP - Rel. Wilson Barreira - *RT* 758/579).

> A titularidade do direito de apelar não é do defensor, senão do réu, ao qual toca, portanto a decisão de fazê-lo. Desde que o réu se oponha ao exercício de tal direito, haverá o advogado de acatar-lhe respeito à vontade, pois o que procura em juízo está sujeito ao princípio geral que informa o mandato: só procede segundo a lei aquele que pratica o ato a que está expressamente autorizado (e o réu que renuncia ao direito de recurso por isso mesmo desautoriza expressamente que outrem o exercite) (TACRIM-SP - AP - Rel. Carlos Biasotti - *RT* 742/653).

> Sendo o direito do agente renunciável e, manifestado expressamente seu desejo de não apelar, correta é a decisão que não conhece do recurso manifestado por defensor dativo, porque desautorizado, contrariando a vontade do réu, titular do direito (TJRJ - EI - Rel. Joaquim Mouzinho - *RDTJRJ* 33/239).

> Se o titular de direito que é renunciável exerce a sua vontade manifestando por termo nos autos o desejo de não apelar, não pode o seu advogado desautorizá-lo, contrariando desejo expresso manifestado pelo referido titular do direito (TARJ - AP - Rel. Carlos Brazil - *RT* 715/517).

Malgrado respeitável a posição de que a defesa técnica, como corolário do princípio do devido processo legal, deva prevalecer, quanto à vontade de apelar, sobre o desejo do réu, o certo é que este é o titular do direito de recorrer. E este direito é disponível, renunciável. Não pode, portanto, o advogado ou o defensor apelar contra a

vontade do titular do direito de recorrer (TJDF - AP 17.271/96 - Rel. Vaz de Mello - *DJU* de 11.06.97, p. 12.370).

Diante do princípio da disponibilidade, que permite às partes recorrerem ou não, deve prevalecer a vontade de ré em renunciar ao direito de apelar, a qual prepondera sobre o inconformismo do defensor dativo, porque não viola o direito da ampla defesa, em face do direito de escolha do cidadão. Inteligência do art. 574 do CPP (TJDF - AP 13.054/93 - Rel. Joazil M. Gardés - *DJU* de 14.09.94, p. 8.742).

O direito de apelar é do réu, e não de seu defensor, a não ser que tenha poderes expressos para tal. Assim, se o réu expressamente renuncia ao seu direito, conformando-se quanto à sentença condenatória, não se pode conhecer do recurso de seu advogado, homologando-se a renúncia. Recurso conhecido (TAPR - AP - Rel. Martins Ricci - *RT* 639/342).

O pedido de desistência do recurso por parte do réu se sobrepõe à vontade do seu defensor, considerando que é o acusado quem tem o direito de apelar, conquanto ao advogado caiba exercitar os limites do mandato. Recurso não conhecido em face da manifestação pessoal do réu em não recorrer (TJMS - AP - Rel. Carlos Stephanini - *RJTJMS* 120/170).

Assim sendo, tratando-se de réu maior e capaz, que manifestou validamente sua vontade de não recorrer, assistido por defensor dativo, e nada existindo para se conceder *habeas corpus* de ofício, não conheço do recurso.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Gudesteu Biber* e *Edelberto Santiago*.

*Súmula* - À UNANIMIDADE, NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

-:::-

## COMPETÊNCIA POR CONEXÃO - ROUBO QUALIFICADO - EMPREGO DE ARMA - CONCURSO DE PESSOAS - QUADRILHA - CRIME CONTINUADO - COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR - MAIOR NÚMERO DE INFRAÇÃO - ART. 78, II, *B*, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

**Ementa: Conflito negativo de jurisdição. Crimes conexos. Regra para determinação da competência por conexão. Jurisdições da mesma categoria. Crimes de roubo duplamente majorado e formação de quadrilha imputados aos denunciados em ambas as ações penais. Comarca de Buenópolis. Maior número de infrações penais. Artigo 78, inciso II, alínea *b*, do CPP. Reunião dos processos. Unidade de julgamento. Utilidade probatória. Dar pela competência do juízo suscitado.**

**- Identificada a afinidade, ligação, influência ou identidade entre os sujeitos e os fatos objetos de ações penais em trâmite em comarcas distintas (jurisdições de mesma categoria), impõe-se a aplicação da regra de modificação de competência criminal prevista no artigo 78, II, do Código de Processo Penal, mormente em face da grande utilidade probatória que a reunião dos processos permite e como forma de impedir a divergência judicial sobre um único e mesmo fato criminoso.**

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO N° 1.0000.05.423084-2/000 - Comarca de Buenópolis - Suscitante: J.D. da V. Cr. Inf. Juv. Acid. Trab. Exec. Fiscais de Curvelo - Suscitado: J.D. da Comarca de Buenópolis - Relator: Des. ARMANDO FREIRE

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO (BUENÓPOLIS), À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 24 de janeiro de 2006. - *Armando Freire* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Armando Freire* - Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pela Juíza de Direito da Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Curvelo em face do Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Buenópolis, haja vista a controvérsia acerca da competência para prosseguir no julgamento dos delitos previstos no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c o artigo 29, por duas vezes, na forma do artigo 69, e no artigo 288, parágrafo único, c/c o artigo 69, todos do CPB.

Colhe-se dos autos que Geovanea de Jesus Xavier, Willian Samuel da Silveira, Daniel Pereira Pinto, Christian Cézar Alves e Carlos Alberto de Carvalho foram denunciados na Comarca de Curvelo, aos 3 de fevereiro de 2005, como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 29, por duas vezes, na forma do art. 69, e no artigo 288, parágrafo único, c/c artigo 69, todos do CP. Narra a denúncia de f. 02/04 que:

> (...) no dia 19 de novembro de 2004, por volta das 21h40min, no Posto Radiante, na BR 040, km 358, na cidade de Felixlândia (MG), os denunciados subtraíram, para si, mediante grave ameaça, consistente essa no uso de revólveres por todos os agentes, a quantia de R$ 677,00 (seiscentos e setenta e sete reais), pertencente ao proprietário do posto acima referido, e R$ 120,00 (cento e vinte reais), pertencentes ao cliente do posto, o Sr. Maike Miller de Araújo Duque, que estava esperando pelo frentista para limpar os pára-brisas.
> De acordo com o apurado, Maike Miller de Araújo Duque, no momento do assalto, esteve com a arma apontada em direção à sua cabeça.
> Consta, também, que a outra vítima, Wellinson Clécio da Fonseca, no momento em que foi abordado, estava lavando o pára-brisa de um caminhão e que foi levado para o caixa do posto, de onde foi obrigado a retirar todo o dinheiro e também o celular marca Nokia 2220.
> Acionada, a Polícia Militar logrou êxito em prender em flagrante delito os denunciados, momento em que houve troca de tiros.
> Consta, ainda, que os denunciados se associaram com fim de cometer delito.

Sob o número 0092.05.007512-3, o processo tramitou perante a Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Curvelo, tendo sido os réus interrogados aos 4 de abril de 2005 (f. 60/65 e f. 70/71), à exceção de Daniel Pereira Pinto (f. 73).

Consta, ainda, que Geovanea de Jesus Xavier, Willian Samuel da Silveira, Daniel Pereira Pinto, Christian Cézar Alves e Carlos Alberto de Carvalho foram denunciados na Comarca de Buenópolis, aos 29 de dezembro de 2004, como incursos nas sanções do art. 158, § 1º, e do art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, ambos c/c os arts. 71, parágrafo único, do CP; 329 do CP e 288, parágrafo único, c/c o art. 69 do CP. Narra a denúncia, reproduzida às f. 90/93, que:

> (...) por volta das 23h40min, de 22 de novembro de 2004, três dos denunciados, portando armas de fogo, abordaram pessoas no Posto Pingüim, localizado às margens da BR 135, em Buenópolis, sendo que dois deles constrangeram o frentista Juraci a entregar-lhes o dinheiro (R$ 148,00) e cartões telefônicos, enquanto o terceiro (Willian Samuel da Silveira), engatilhando sua espingarda CBM, de nº 33249, obrigou o caminhoneiro José Gonzaga de Oliveira Chaves a entregar-lhe sua carteira, contendo R$ 26,00, cartões bancários e documentos pessoais.
> Outras pessoas foram vítimas, mas não se apresentaram.
> Os denunciados Carlos Alberto de Carvalho e Geovanea de Jesus Xavier ficaram aguardando os comparsas no veículo VW/Golf, placa GTR-4710, licenciado em nome de Maria de Lourdes Barboza da Cruz, de Diamantina.
> Em seguida, Carlos Alberto de Carvalho conduziu o veículo em direção à cidade de Curvelo. Chegando à cidade de Augusto de Lima, pararam no Posto Mangueiras, também localizado às margens da BR 135, onde praticaram o segundo assalto, dominando o frentista e o caminhoneiro Donizete Helvécio da Silva, subtraindo do estabelecimento documentos, R$ 1.100,00 e dois cheques nos valores de R$ 27,77 e R$ 200,00.
> O caminhoneiro da Transaguiar, ameaçado com a arma apreendida, foi deixado num porão.
> Segundo Carlos Alberto de Carvalho, o 'Coxinha' (Christian César Alves) e o 'Perereca' (Daniel Pereira Filho) portavam duas armas de fogo: um revólver calibre 22 e

um ‘garruchão’ de fabricação caseira. Willian Samuel da Silveira foi reconhecido pelo frentista Alessandro, que também identificou Geovanea de Jesus Xavier, que entrara no restaurante do Posto Mangueiras.
Continuando a viagem criminosa, chegaram ao Município de Morro da Garça, passando a transitar por estrada vicinal em direção a Curvelo.
No Município de Curvelo, foram interceptados e reagiram à ação policial, trocando tiros com os militares. Devido à resistência, Geovanea de Jesus Xavier e Carlos Alberto de Carvalho foram lesionados, e os demais fugiram. Willian Samuel da Silveira foi preso na madrugada de 23 de novembro.
Assim, estando os denunciados incursos nas sanções do art. 158, § 1º, do Código Penal, quanto aos fatos ocorridos em Buenópolis, e do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal pelos fatos praticados em Augusto de Lima, ambos c/c art. 71, parágrafo único, do Código Penal; do artigo 329 do Código Penal, quanto ao fato ocorrido em Curvelo; e, finalmente, do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, ambos c/c o art. 69 do Código Penal, requer o Ministério Público sejam citados e, após cumpridas as formalidades legais, condenados nas penas que lhes couberem.

À f. 75 dos autos do Processo nº 0092.05.007512-3, a digna Juíza da Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Curvelo, Dr.ª Flávia de Vasconcelos Lanari, determinou a remessa dos autos à Comarca de Buenópolis, sob os seguintes fundamentos:

> Ao exame destes autos e da Carta Precatória que recebeu o número 209.05.456612-5, observo que os réus foram denunciados duas vezes pelos delitos de formação de quadrilha e de resistência.
> Dispõe o artigo 76, I, do Código de Processo Penal que a competência é determinada pela conexão se ocorrendo duas ou mais infrações penais e houverem sido praticadas por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar. Lado outro, na forma do art. 78, II, do Código de Processo Penal, para determinação da competência por conexão no caso de concurso de jurisdição da mesma categoria, quando as infrações praticadas forem cominadas penas de igual gravidade, prevalece a competência do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações.
> No caso em exame, foi em Buenópolis que ocorreu o maior número de infrações.
> Observo, ainda, que há possibilidade, em caso de condenação, de reconhecimento da continuidade delitiva, o que também recomenda o julgamento em conjunto dos feitos. Como se sabe, no crime continuado, praticado em território de duas ou mais jurisdições, é competente para julgar e processar o feito o Juízo que praticar qualquer ato no processo, no caso, o Juízo da Comarca de Buenópolis, onde a denúncia dos autos 0092.04.6615-8 foi recebida em primeiro lugar.

O ilustre Promotor de Justiça da Comarca de Buenópolis manifestou-se às f. 85/88. Em síntese:

- afirmou que os réus não foram denunciados pelo crime de resistência na Comarca de Curvelo;

- sustentou que a competência deve ser fixada pelo lugar da infração;

- argumentou que “os roubos foram praticados no Município de Felixlândia, Comarca de Curvelo; em Felixlândia residem todas as vítimas e em Curvelo residem três dos cinco réus, ou todos eles; os crimes praticados em Felixlândia ocorreram no dia 19 de novembro, enquanto os de Buenópolis foram praticados na noite de 22 para 23 de novembro de 2004”;

- salientou que os crimes mais graves praticados pelos réus ocorreram em Curvelo, mormente porque em Buenópolis houve prévio reconhecimento de crime continuado;

- asseverou que a competência é do MM. Juízo de Curvelo, onde também ocorreu o maior número de infrações;

- ressaltou que “todos os réus, mesmo processados em Buenópolis, foram ouvidos no MM. Juízo de Curvelo, onde se encontravam presos e lá residem suas testemunhas e, portanto, de qualquer forma lá tem ocorrido a instrução dos processos”.

- aduziu que caberia ao MM. Juiz de Buenópolis, se assim fosse seu entendimento,

avocar os processos do MM. Juízo de Curvelo nos termos do art. 82 do CPP;

- alegou ser indiferente o fato do MM. Juiz de Buenópolis ter praticado algum ato processual anteriormente ao de Curvelo (CPP, art. 83), porque os Juízes são igualmente competentes;

- noticiou que os autos de nº 092.04.006615-8 (Buenópolis) já foram desmembrados em relação aos réus Daniel Pereira Pinto e Christian Cézar Alves e argumentou que, "se no mesmo Juízo houve separação de processos, não se justifica a reunião dos autos de comarcas diferentes, muito menos há falar-se em aditamento de denúncia" ;

- asseverou que o processo de Curvelo se encontra na fase de interrogatório; e o processo de Buenópolis, nas fases dos arts. 499 e 500 do CPP;

- pugnou, por fim, pela devolução dos autos à Comarca de Curvelo, para prosseguimento do processo ou suscitação do conflito de competência.

O digno Juiz da Comarca de Buenópolis, à f. 89, encampando os argumentos do Ministério Público, determinou a remessa dos autos ao Juízo de Curvelo.

Às f. 94/95, a Juíza de Direito da Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Curvelo suscitou conflito negativo de competência, para que a questão seja apreciada por este Tribunal, "já que não é possível condenar os réus duas vezes pelas mesmas condutas e em razão do evidente prejuízo para os réus".

Em parecer de f. 104/106, a douta Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento do conflito para que seja declarado competente o ilustre Juízo suscitado.

Vistos e examinados, passo a expor meu voto.

Constata-se que os delitos narrados nas denúncias de f. 02/03 e 03/05 foram cometidos pelos mesmos agentes, em concurso, e guardam íntima correlação factual, temporal e espacial, motivo pelo qual é processualmente correta sua reunião em decorrência da conexão. Eugênio Paccelli de Oliveira ensina que:

> A realidade dos fenômenos da vida nos mostra que pode haver, entre dois ou mais fatos de relevância penal, alguma espécie de liame, de ligação, seja de natureza subjetiva, no campo das intenções, motivações e do dolo, seja ainda de natureza objetiva, em referência às circunstâncias de fato, como sejam, o lugar, o tempo e o modo de execução da conduta delituosa. Em uma palavra, pode haver entre eles conexão, hipóteses concretas de aproximação entre um e outro evento, a estabelecer entre eles um ponto de afinidade, de contato ou de influência na respectiva apuração (*Curso de Processo Penal*. 5. ed. 2ª tiragem - rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 240).

Identificada a afinidade, a ligação, a influência ou a identidade entre os sujeitos e os fatos objetos de ações penais em trâmite nas comarcas de Curvelo e Buenópolis, impõe-se a aplicação da regra de modificação de competência criminal prevista no art. 78, II, do Código de Processo Penal (uma vez que se trata, *in casu*, de jurisdições da mesma categoria), mormente em face da grande utilidade probatória que a reunião dos processos permite e possibilitando, ainda, em benefício dos próprios réus, a unidade de julgamento, como forma de impedir a divergência judicial sobre um único e mesmo fato criminoso.

Conforme se depreende das exordiais acusatórias de f. 02/03 (Curvelo) e f. 90/93 (Buenópolis), são imputados aos denunciados, em ambas, a prática de crimes de roubo duplamente qualificado e formação de quadrilha. Ocorre que, na Comarca de Buenópolis, imputa-se, ainda, a prática dos crimes de resistência e extorsão.

A regra a ser aplicada, nessa senda, é a da alínea *b* do inciso II do art. 78, supra-referido, que dispõe que, na determinação da competência por conexão, prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade. Pertinente, ademais, a observação feita pelo douto Procurador de Justiça, Dr. Rogério Greco,

no sentido de que "vê-se, claramente, que foi em Buenópolis onde ocorreu o maior número de infrações penais (o que impõe a observância do inciso II, alínea *b*, do artigo já citado), independentemente de ter sido a continuidade delitiva reconhecida desde a peça inicial. Isso porque o crime continuado é apenas uma ficção jurídica criada em benefício do agente; o número de infrações praticadas não se altera quando do seu reconhecimento (f. 106).

Em sendo assim, devem os autos ser remetidos à Comarca de Buenópolis, para que se dê prosseguimento à instrução e seja proferida sentença única, aproveitando-se, na medida do possível, os atos processuais já realizados em uma comarca e em outra.

Trago à colação aresto relativo à matéria:

> Fixação. Infrações diversas, da mesma gravidade, praticadas em diferentes locais. Prevalência da jurisdição do lugar em que houve a ocorrência do maior número de delitos, nos termos do art. 78, II, *b*, do CPP. *Habeas corpus*. Competência *ratione loci*. Furto simples e receptação de veículos (quadrilha). - Sendo de igual gravidade as penas imputadas aos delitos de furto e receptação, competente será o juízo do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações (art. 78, II, b, do CPP). Nulidade inexistente. *Habeas corpus* indeferido (STF - *HC* 67.713-4 - j. em 07.11.89 - Relator Célio Borja - *RT* 650/366).

Por essas razões de decidir, dou pela competência do juízo suscitado, qual seja o Juízo da Vara Única da Comarca de Buenópolis.

É o meu voto.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Gudesteu Biber* e *Sérgio Braga*.

*Súmula* - À UNANIMIDADE, DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO (BUENÓPOLIS).

-:::-

## ROUBO QUALIFICADO - EMPREGO DE ARMA - CONCURSO DE PESSOAS - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - *SURSIS* - INCOMPATIBILIDADE

**Ementa: Pena. Substituição da privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Pretensão do apenado ao *sursis*. Incompatibilidade da restritiva com este.**

**- É manifesta a incompatibilidade do *sursis* (suspensão condicional da pena) com as penas substitutivas. Somente se aplica aquele, caso não caiba a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

**- São uníssonas a doutrina e a jurisprudência no sentido de ser a pena restritiva de direitos mais favorável ao apenado do que o *sursis*, razão pela qual deve o julgador, sempre que possível, aplicá-la.**

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0231.04.016599-6/001 - Comarca de Ribeirão das Neves - Apelante: Rodrigo Dias Ferreira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de março de 2006. - *Hyparco Immesi* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Hyparco Immesi* - Procedeu-se à denúncia de Valdécio Pereira Silva como incurso nas cominações do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e Rodrigo Dias Pereira nas penas do art. 14 da Lei 10.826/03, porque, no dia 30.03.04, "... no posto de gasolina 'Trevão', Valdécio Pereira Silva, agindo em comunhão de propósitos e unidade de desígnios com terceiras pessoas, ainda não identificadas, subtraiu para si, mediante grave ameaça, consistente no emprego de arma de fogo, a quantia de R$ 120,00 (cento e vinte reais) pertencentes ao dono do referido posto de gasolina. Consta, ainda, que, momentos após a prática do ilícito acima, em frente ao Supermercado BH, no Distrito de Justinópolis, em Ribeirão das Neves/MG, o denunciado Rodrigo Dias Pereira...", que havia pegado carona com o primeiro denunciado (Valdécio), foi flagrado por milicianos quando "... portava arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar..."(f. 03).

Após instrução probatória, adveio a r. decisão de f. 125 *usque* 134, da lavra da eficiente Magistrada Dr.ª Claudiana Silva de Freitas, que julgou procedente a denúncia, para condenar Valdécio Pereira Silva na forma da exordial, à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, além de 53 dias-multa. Também Rodrigo foi condenado, este incurso nas sanções do art. 14 da Lei 10.826/03, aplicando-se-lhe a pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto. Foi-lhe concedida a substituição da pena privativa de liberdade, "... por duas restritivas de direitos, ou seja: 1ª- prestação de serviços à comunidade (...); 2ª - prestação pecuniária..." (f.133). Deferiu-se-lhe o direito de recorrer em liberdade.

O apenado Valdécio Pereira, através de seu advogado, manifesta sua resignação à sentença, bem como seu desejo de dela não recorrer (f. 136/138).

Também Rodrigo manifestou nos autos seu desejo de não recorrer da sentença condenatória (f.139/140). Entretanto, seu advogado, tempestivamente, interpôs apelação (f. 141 e 142/143), às seguintes alegações: a) que a pena substitutiva que lhe foi fixada impede "... seu horário de serviço (...), pois, "... trabalhando na empresa Adão Florentino de Lana - ME (...), no horário de 07 às 17 horas, de segunda-feira a sábado, tendo ainda aulas particulares gratuitas e a dedicação de suas horas vagas ao estudo, o desejo do requerente é conseguir que possa sobrar um pouco de seu parco salário mensal para se matricular em um curso pré-vestibular e dar encaminhamento em seus estudos, já que é ainda novo, tem o segundo grau completo e não tem o menor interesse em envolver-se com qualquer ato ilícito novamente..." (f. 142); b) que, "... desta forma, o ora requerente acha que seria mais favorável para o seu caso a concessão do *sursis* do que as penas restritivas de direito..." (f. 143).

Almeja o apelante o provimento do recurso, com vistas à concessão do *sursis*, ou, alternativamente, ser diminuído o prazo da pena imposta, para que possa cumpri-la em menor tempo possível.

Há contra-razões (f. 165/168).

O Ministério Público de 2º grau, em r. parecer da lavra do eficiente Procurador de Justiça, Dr. Rogério Batista F. Vieira (f. 173/176), recomenda o desprovimento do apelo.

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do apelo, visto que próprio e tempestivamente aviado.

Registre-se, inicialmente, que o apelante Rodrigo não negou que estivesse na posse da arma com ele encontrada. Entretanto, em sua versão dos fatos, desconhecia ele que, dentro da caixa que transportava, estava acondicionada a arma. Eis, a propósito, excerto de suas declarações:

> a) ... que, na data de ontem, por volta de 20h, se encontrava no Bairro Santa Maria, em BH,

> onde pegou carona com seu colega Valdécio (...); que, logo à frente, notaram que estavam sendo perseguidos por policiais militares, tendo Valdécio dito que poderia ser porque ele não tinha pago o abastecimento; que Valdécio se dirigiu para o Bairro Justinópolis, onde deixou o declarante em frente ao Supermercado BH, deixando com o declarante uma caixa; que, logo em seguida, o declarante foi abordado e preso pelos policiais militares, sendo que só então ficou sabendo que no interior da caixa continha uma arma de fogo, um revólver calibre 38... (f. 09/10, na fase inquisitória);
>
> b) ... que o revólver realmente estava na caixa; que confirma que a arma estava dentro da caixa, e não sabia o conteúdo da caixa; que comprou um tênis na mão de Valdécio (...); que o depoente não tinha conhecimento que a arma estava dentro da caixa de sapatos..." (f. 51, em juízo).

Ocorre que o co-réu Valdécio, sem tentar inocentar-se do ilícito que lhe foi imputado, afirmou: "...que o depoente não entregou a caixa e nem sabia o que tinha dentro..." (f. 46/47).

Assim, ficaram incontroversas nos autos, em razão das provas, a autoria e a materialidade do delito imputado a Rodrigo.

No que concerne à pena, verifica-se ter sido aplicada no mínimo legal, ou seja, 2 anos de reclusão, substituída por prestação de serviços à comunidade e uma prestação pecuniária. Não merece, pois, qualquer ressalva.

Acerca da pretensão de ser-lhe concedido *sursis*, registre-se ser ele incompatível com as "penas substitutivas", pois, como doutrina Guilherme de Souza Nucci,

> ... somente se aplica o *sursis* caso não caiba substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. É nitidamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, que a pena restritiva de direitos é mais favorável que a suspensão condicional, de modo que o juiz deve aplicá-la sempre que possível. Atualmente, diante das modificações trazidas pela Lei 9.714/98, no contexto das penas restritivas de direito, o *sursis* tende ao esquecimento. Não há razão para aplicar a suspensão condicional da pena ao condenado primário à pena de dois anos de reclusão, se o mesmo sujeito, caso tivesse sido apenado a quatro anos de reclusão, poderia receber a substituição por restrição de direitos. Portanto, somente em casos excepcionais, quando não for cabível a substituição - como, por exemplo, quando se tratar de crimes violentos contra a pessoa, como a lesão corporal -, pode o juiz aplicar o *sursis*... (*in Código Penal comentado* - RT, 2003, p. 315).

À luz do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Beatriz Pinheiro Caires* e *Reynaldo Ximenes Carneiro*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

# SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

## PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS E CUSTAS

**1. As verbas sucumbenciais somente são cabíveis, em ação civil pública, quando comprovada má-fé.**

**2. Descabe a condenação em honorários advocatícios, mesmo quando a ação civil pública proposta pelo Ministério Público for julgada procedente.**

**3. Recurso especial improvido.**

RECURSO ESPECIAL Nº 785.489-DF - Relator: Ministro CASTRO MEIRA

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Sétima Arte Café Bar e Restaurante Ltda. - microempresa. Advogados: André Campos Amaral e outros. Recorrido: Distrito Federal. Procuradores: Wilson Rodrigues Damasceno e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade. Advogados: Joelson Costa Dias e outros. Recorrido: Marçal de Assis Brasil. Advogado: Sem representação nos autos. Recorrido: Marcos Arruda da Cunha Rego. Advogados: Hilário Lopes Neto Monteiro e outro.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator". Os Srs. Ministros Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 6 de junho de 2006 (data do julgamento). - *Ministro Castro Meira* - Relator.

**Relatório**

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator) - O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios exarou acórdão, assim ementado:

> Processo civil. Ação civil pública. Meio ambiente acústico. Poluição sonora. Comprovação. Reparação devida. Artigo 14, § 1º, Lei 6.938/81. Responsabilidade subjetiva do Estado por omissão. Culpa não demonstrada. Apelo parcialmente provido.
> - Comprovados os danos ao meio ambiente acústico e o nexo causal com ato de poluição sonora produzida pela casa noturna, impõe-se-lhe a sua reparação, a teor do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, e do artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81.
> - Afasta-se a responsabilidade do Estado quando não demonstrada a culpa, em se tratando de alegação de atos omissivos da fiscalização do estabelecimento infrator (f. 966).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, nos termos do acórdão acostado às f. 984/986.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com apoio na alínea *a* do Permissivo Constitucional, interpôs recurso especial, em razão de ter sido negada vigência aos arts. 17, 18 e 19 da Lei nº 7.347/85, 20 do Código de Processo Civil e 87 do Código de Defesa do Consumidor. Sustenta que os dispositivos citados no aresto recorrido "fazem referência tão-somente à 'isenção' do pagamento de honorários advocatícios e demais custas pelos autores, no ajuizamento de ação civil pública e não aos réus. Desse modo, se procedente o pedido da ação, a condenação em honorários será imperativa, aplicando-se as disposições do art. 20 do CPC de forma subsidiária, conforme dispõe expressamente o estatuído no art. 19 da Lei 7.347/85".

Transcorreu o prazo legal sem que tenham sido apresentadas contra-razões.

Simultaneamente foi interposto recurso extraordinário, admitido na origem.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal *a quo*, motivo pelo qual subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

**Voto**

*O Sr. Ministro Castro Meira* (Relator) - Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Passo a analisá-lo.

Os dispositivos apontados como violados, arts. 17, 18 e 19 da Lei nº 7.347/85, têm a seguinte redação:

> Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a danos.
>
> Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.
>
> Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

A lei própria que disciplina a ação civil pública textualmente veda a condenação em honorários e custas processuais, excetuando-se quando comprovada a má-fé do Órgão Ministerial.

Nesse diapasão o seguinte precedente:

> Administrativo. Ato de improbidade. Configuração e tipicidade: Lei 8.429/92. Sucumbência do Ministério Público.
> (...)
> 4. O Ministério Público não está sujeito a pagar as verbas sucumbenciais, senão quando age com má-fé.
> 5. Recurso especial de mérito improvido e provido o recurso em favor do Ministério Público (REsp 403599/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJU* de 12.05.03).

Todavia, no caso em exame, o Ministério Público foi vitorioso na ação civil pública, por isso entende que deve haver condenação dos réus ao pagamento dos honorários advocatícios.

Esta Turma, ao julgar o Recurso Especial nº 493.823/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, decidiu a questão, nos termos assim definidos no voto condutor do acórdão:

> Verifica-se, pelos dispositivos transcritos, que, em matéria de ação civil pública, a imposição de honorários foge inteiramente às regras do CPC. O estatuto processual atual inovou inteiramente o diploma antecedente, cuja condenação em verba de patrocínio tinha caráter nitidamente sancionatório, impondo-se, genericamente, o art. 20 - honorários sucumbenciais em qualquer ação.
> Apesar dos termos peremptórios do art. 20 do CPC, sofre o princípio mitigações, por força de previsões legais específicas, principalmente aquelas voltadas à tutela de interesses sociais ou garantidoras de direitos inerentes ao exercício pleno da cidadania, tais como: ação popular, ação civil pública, ação civil por ato de improbidade, ação mandamental, Código de Defesa do Consumidor, etc.
> Na específica previsão da ação civil pública, deixou o legislador bem claro que não pretendia impor sucumbência ao autor, mesmo quando vencido. Daí só impor honorários quando comprovada a litigância de má-fé. Os arts. 17 e 18 da Lei 7.347/85 são diretos e claros ao estabelecer que as despesas, emolumentos e honorários só serão imputados ao autor vencido na ação civil quando houver litigância de má-fé.
> A atuação do Ministério Público enseja a que seu representante possa assumir a posição de autor (art. 81 do CPC); de substituto processual, como ocorre na ação civil pública; ou de representante ou assistente da parte, como ocorre em relação aos processos de alimentos, pedido de alvará, etc.
> O princípio que informa a ação civil pública é exclusivo para as associações, ou se estende a todos os legitimados ativos? Duas correntes tratam do tema:

A primeira restringe o alcance do dispositivo às associações civis, sendo imposta a regra geral do CPC aos demais legitimados, inclusive ao Ministério Público. Nesse sentido o magistério de Hugo Nigro Mazzilli e Rodolfo de Camargo Mancuso.
A segunda corrente prega a extensão do disposto no art. 18 a todos os legitimados ativos, porque a lei especial afasta por inteiro a regência geral do CPC.
Observe-se que esta última posição deixa em desvantagem o réu vencedor da demanda intentada pelo Ministério Público, vencido na mesma.
Como réu, teve ele de constituir advogado, contratar e pagar honorários para, ao final, vencedor, nada receber.
Daí ser majoritária a corrente restritiva e literal, impondo ao *Parquet* a imposição de honorários quando vencido na ação civil pública.
A posição doutrinária ambígua não se reflete na jurisprudência do STJ, visto que a Corte maciçamente vem se posicionando pela incidência do art. 18 da Lei 7.347/85, ou seja, o Ministério Público não está obrigado a pagar honorários. Neste sentido são os julgados: (...)
Dentro de critério de absoluta simetria, se o Ministério Público não paga os honorários, também não deve recebê-los.
Se os honorários de sucumbência têm por finalidade remunerar o trabalho do advogado e se eles pertencem, por destinação legal, ao profissional, não podem ser auferidos pelo Ministério Público, seja por vedação constitucional (art. 128, § 5º, II, letra *a*), seja por simetria, seja porque a atribuição de recolhimento aos cofres estatais feriria a sua destinação.

Eis a ementa do acórdão:

Processo civil. Ação civil pública. Honorários advocatícios. Ministério Público autor e vencedor.
1. Na ação civil pública, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85, com a redação dada ao art. 17 pela Lei 8.078/90.
2. Somente há condenação em honorários, na ação civil pública, quando o autor for considerado litigante de má-fé, posicionando-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários.
3. Dentro de absoluta simetria de tratamento, não pode o *Parquet* beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública.
4. Recurso especial improvido (*DJU* de 15.03.04).

Assim, reafirmando os termos do precedente, em ação civil pública, a condenação em honorários advocatícios se restringe aos casos de litigância de má-fé. Afastada essa hipótese, descabe a condenação em honorários advocatícios, mesmo quando a ação civil pública proposta pelo Ministério Publico for julgada procedente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

**Certidão**

Certifico que a egrégia Segunda Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 06 de junho de 2006. - *Valéria Alvim Dusi* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 29.06.2006.)

-:::-

## UNIÃO ESTÁVEL - DISSOLUÇÃO - PARTILHA DO PATRIMÔNIO - REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA - SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRECEDENTES DA CORTE

**1. Não há violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal local, expressamente, em duas oportunidades, no acórdão da apelação e no dos declaratórios, afirma que o autor não comprovou a existência de bens da mulher a partilhar.**

**2. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que, para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.**

**3. Não sendo comprovada a existência de bens em nome da mulher, examinada no acórdão, não há como deferir a partilha, coberta a matéria da prova pela Súmula nº 7 da Corte.**

**4. Recurso especial não conhecido.**

RECURSO ESPECIAL Nº 736.627-PR - Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Recorrentes: S. F. B. e outros. Advogados: Andréa Gomes e outros. Recorrido: U. V. C. Advogado: Edson Luiz Nunes.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por maioria, não conhecer do recurso especial. Votou vencida a Sr.ª Ministra Nancy Andrighi. Os Srs. Ministros Castro Filho e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília-DF, 11 de abril de 2006 (data do julgamento). *Ministro Carlos Alberto Menezes Direito* - Relator.

**Relatório**

*O Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito* - S. F. B. e outros interpõem recurso especial, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

> Apelação cível. Ação de dissolução de união estável, cumulada com ação declaratória de inexistência de bens imóveis a serem partilhados. Alegação de nulidade da sentença. Inocorrência. União estável equiparada ao casamento com o advento da Constituição Federal. Homem com mais de sessenta anos ao iniciar o relacionamento. Incidência do art. 258, parágrafo único e inciso II, do Código Civil de 1916. Regime da separação obrigatória de bens. Bens adquiridos durante a união estável devem integrar a partilha quando da dissolução da mesma. Súmula 377 do STF. Ausência de prova de que os bens adquiridos durante a união estável foram comprados com o produto de bens havidos anteriormente ao início da mesma. Falta de prova da existência de bens da apelada para integrar a partilha. Recurso parcialmente provido. - A Constituição Federal de 1988 equiparou a união estável ao casamento, uma vez que ambos visam à formação de uma entidade familiar. Assim, aplicam-se à união estável, no que for possível, os dispositivos referentes ao casamento (f. 647/648).

Opostos embargos de declaração (f. 662 a 667), foram rejeitados (f. 762 a 767).

Sustentam os recorrentes violação do artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, haja vista que não foi sanada a omissão

presente no aresto, mesmo depois de interpostos os embargos declaratórios.

Aduz a recorrente que

> a questão principal a ser discutida no presente recurso especial é a seguinte: reconhecendo-se a aplicação do art. 258 do Código Civil à união estável, o qual prega o regime da separação obrigatória de bens, devem ser partilhados entre os cônjuges todos os bens adquiridos na constância do relacionamento ou somente aqueles obtidos através de esforço comum? Pela exegese do referido dispositivo legal, bem como pela Súmula 377 do STJ, a segunda resposta é a correta. Não foi assim, entretanto, que entendeu o Tribunal de origem (f . 774).

Alegam ofensa ao art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, já que, não obstante "a correta aplicação do referido dispositivo legal à união estável havida entre as partes, o artigo de lei federal acabou por ser violado diante de sua equivocada interpretação, bem como total inobservância ao seu maior intuito: proteger os bens do companheiro sexagenário" (f. 789), e que o Tribunal não fez "qualquer diferença entre o regime da comunhão parcial e o da separação legal" (f. 790).

Apontam dissídio jurisprudencial, colacionando julgados, também, desta Corte e a Súmula nº 377/STF.

Sem contra-razões (f. 847), o recurso especial (f. 773 a 797) foi parcialmente provido (f. 851 a 853).

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Washington Bolívar Júnior, opina pelo desprovimento do recurso especial (f. 861 a 866).

É o relatório.

**Voto**

*O Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito* - Nestor Baena ajuizou ação de dissolução de união estável, cumulada com ação declaratória de inexistência de bens imóveis a serem partilhados, alegando que começou a namorar a ré, já viúvo, no início de 1988, passando a conviver com ela a partir de abril do mesmo ano; que, com a aposentadoria de ambos, decidiram morar em Curitiba, tendo o autor adquirido em 1994 o imóvel onde residiram até 27.10.99; que o imóvel foi adquirido com recursos próprios e oriundos da venda de outro bem objeto do inventário de sua falecida mulher; que igualmente adquiriu os bens que o guarnecem; que em 1994 vendeu outros dois bens imóveis dos quais detinha 50% em razão do inventário de sua falecida mulher, com isso mandando fazer móveis novos para a residência do casal, além de adquirir alguns objetos e pequenos eletrodomésticos e televisores; que começaram as desavenças culminando com a ameaça, com faca, feita pela mulher na presença de outra pessoa, ameaça que se repetiu posteriormente.

Há medida cautelar ajuizada pelo autor, arrolamento e reconvenção ajuizadas pela ré.

A sentença julgou procedente, em parte, o pedido,

> declarando dissolvida a união estável então existente entre as partes e improcedente a medida cautelar inominada, visto que a ruptura da relação se deu por culpa do autor reconvindo; e procedentes a reconvenção, assim como a medida cautelar de arrolamento propostas pela requerida, nos termos do artigo 269, I, do CPC, determinando seja efetuada a partilha de bens, na forma acima grafada (f. 565).

O Tribunal de Justiça do Paraná proveu, em parte, a apelação dos substitutos processuais do autor "a fim de reconhecer a incidência do art. 258, parágrafo único e inciso II, do Código Civil de 1916 e determinar a partilha dos bens adquiridos por Nestor Baena durante a união estável: os imóveis, cujos registros estão acostados às f. 06/07 do arrolamento de bens em apenso, e os móveis, cujas notas fiscais estão presentes às f. 244/281" (f. 657). Para o acórdão, está provado nos autos que a união começou em abril de 1988, "ocasião em que o varão contava com quase 62 anos de idade. Portanto, resta clara a incidência da regra contida no art. 258, parágrafo único e inciso II, do Código Civil" (f. 653), aplicando-se a Súmula nº

377 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento. Assim, para o acórdão, a "partilha dos bens adquiridos durante a união estável ocorre independentemente de ter havido real contribuição financeira por parte do outro convivente. Parte-se do pressuposto de que o outro convivente contribui, direta ou indiretamente, para a formação do patrimônio comum, razão pela qual o mesmo é de ser dividido, evitando-se o enriquecimento sem causa. Irrelevantes, portanto, as alegações dos apelantes no sentido de que os bens adquiridos durante a união estável foram comprados unicamente com o fruto do trabalho do Sr. Nestor Baena" (f. 654). Esclareceu o acórdão que "os apelantes não trouxeram qualquer elemento probatório que comprovasse que os mesmos foram comprados com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união. Assim, tais bens devem ser divididos com a dissolução da união estável" (f. 654/655). Passou, então, a examinar a prova no que se refere aos bens adquiridos durante a união estável. Esclareceu que, relativamente aos bens da mulher, os apelantes "não trouxeram qualquer prova da sua existência. Assim, apesar de os eventuais bens que a apelada possua deverem integrar a partilha, os mesmos não serão objeto desta, uma vez que os apelantes deixaram precluir a oportunidade de trazerem elementos que os comprovassem" (f. 655).

Os embargos declaratórios foram interpostos ao fundamento de que omisso o acórdão no tocante ao exame dos documentos apresentados no que concerne aos bens da apelada. O Tribunal local rejeitou os embargos, reiterando que os embargantes não trouxeram aos autos elementos de convicção sobre os bens da ré.

Ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil não há. É que o acórdão considerou que todos os elementos existentes nos autos não demonstram que a ré possuía bens adquiridos por ela e que deveriam integrar a partilha, embora tenha reconhecido que, em tese, também se isso fosse provado, os bens assim comprados deveriam compor o acervo a ser partilhado.

Sobre a preclusão, no que concerne à ausência de embargos de declaração à sentença, não há qualquer interesse no tema, porquanto não se há de limitar o exame do especial em virtude desse aspecto lateral mencionado pelo acórdão.

Em seguida, o recurso examina a questão da impossibilidade de divisão dos bens adquiridos na constância da união estável. Embora sem questionar a aplicação do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916, afirma que "sua incidência à união estável deve-se justamente para evitar quaisquer fraudes, impedindo que os casais, com o óbice do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916, viessem a burlar o regime da separação obrigatória, mantendo entre si somente uma união estável para que pudesse haver a indevida partilha de bens" (f. 788). Todavia, a aplicação feita pelo Tribunal de origem acabou por violá-lo. Para os recorrentes, a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal impõe que a "comunicabilidade restringe-se apenas aos aqüestos, ou seja, bens comuns havidos na constância do casamento oriundos do esforço comum do casal" (f. 789).

Sem dúvida que esse ponto é central na questão sob julgamento, de resto, muito bem construído no recurso especial. Devemos, portanto, desafiá-lo, considerando que não há dúvida sobre o prequestionamento.

Como sabem todos, tenho já assentado entendimento sobre o tema da união estável, diversas vezes reiterado, no sentido de que, a partir da Constituição Federal de 1988, aplica-se o regime da comunhão parcial, valendo a contribuição direta ou indireta do casal, sem cogitar especificamente do esforço comum financeiro para a divisão do patrimônio adquirido durante a convivência (cf. *Estudos de Direito Público e Privado*, Renovar, 2005, p. 163 e segs.). Sob esse aspecto, o acórdão explicitou que a partilha deveria ser feita independentemente da contribuição financeira de qualquer das partes, partindo do pressuposto de que há contribuição direta ou indireta para a formação do patrimônio. Em tese, o acórdão admitiu que

houve contribuição indireta, apenas excluindo a financeira, o que não pode ser descartado, sendo essa a orientação que o Código Civil de 2002 passou a agasalhar ao determinar, no art. 1.725, que se aplica à união estável, salvo a existência de pacto escrito entre os companheiros, o regime da separação legal. Por outro lado, quando desfeita a união estável, já estava em vigor a Lei nº 9.278/96, que, no art. 5º, estabeleceu a divisão do patrimônio independentemente da prova do esforço comum, porquanto admitiu que os bens adquiridos durante a constância da união estável "são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação em contrário em contrato escrito". E nessa linha marcha a jurisprudência da Corte, isto é, para as uniões desfeitas após a vigência desta lei não depende a partilha da prova do esforço comum (REsp nº 439.421/PE, Terceira Turma, Relator o Ministro Ari Pargendler, *DJ* de 09.06.03). Tenho, portanto, que, seja no que se refere ao meu antigo posicionamento pessoal, seja no que se refere ao que dispôs o acórdão sobre a contribuição direta ou indireta, seja no que se refere à aplicação da Lei nº 9.278/96, seja, enfim, no que se refere à jurisprudência da Corte mais recente sobre a mencionada lei, a partilha, como feita pelo acórdão, não é suscetível da bem alinhavada impugnação feita no especial.

Caberia examinar, entretanto, uma circunstância destacada no acórdão e no especial em sentidos opostos. É que neste feito se aplicou o regime do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916, sob a consolidação jurisprudencial da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Aqui, o especial insiste em que houve violação, porquanto o acórdão teria determinado a partilha dos aqüestos "independentemente de ter havido real contribuição financeira por parte do outro convivente. Parte-se do pressuposto de que o outro convivente contribui, direta ou indiretamente, para a formação do patrimônio comum, razão pela qual o mesmo é de ser dividido, evitando-se o enriquecimento sem causa. Irrelevantes, portanto, as alegações dos apelantes no sentido de que os bens adquiridos durante união estável foram comprados unicamente com o fruto do trabalho do Sr. Nestor Baena" (f. 654). Mas traz o especial um argumento que merece reflexão, qual seja o de que o acórdão teria violado o dispositivo pelo fato de não fazer diferença entre o regime da comunhão parcial e o da separação legal, deduzido nos termos que se seguem:

> ... De que adiantaria toda a proteção dada aos sexagenários pela lei, se fosse equiparado o regime da separação legal à comunhão parcial? Estar-se-ia justamente privilegiando a situação que o legislador buscou evitar: o enriquecimento ilícito em razão da idade avançada do companheiro.
> No próprio acórdão foi destacada a importância da separação legal de bens aos companheiros e cônjuges com mais de 60 anos. Como, então, admitir que, mesmo no regime de separação legal, os bens adquiridos na constância da união deveriam ser divididos entre os companheiros?
> 51. Essa proteção pregada pela lei foi absolutamente desrespeitada no presente caso. Não somente se desprezou a regra básica do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil/1916, como ainda se colocou a recorrida em evidente vantagem patrimonial, declarando-se que os bens por ela adquiridos na constância da união estável não poderiam ser divididos! (f. 790/791).

São dois os aspectos a serem considerados: o primeiro sobre o alcance do regime da separação legal; o segundo sobre a partilha também dos bens da mulher.

Quanto ao primeiro, o sistema ficou assentado na Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, que admitiu, mesmo nos casos de separação legal, que fossem os aqüestos partilhados. O dispositivo do antigo Código foi mantido no art. 1.641 do vigente. Em tese, portanto, permanece íntegra a vetusta Súmula nº 377. De fato, o raciocínio desenvolvido pelo especial é atraente, porquanto o que inspirou o dispositivo foi exatamente manter a divisão absoluta dos bens entre os cônjuges. A redação do novo Código inova com relação ao antigo art. 276 no que concerne ao poder de alienar tanto os móveis como os imóveis, mas a substância do regime é a mesma. A construção está alicerçada no fato de que a lei não regula os aqüestos. O princípio foi o da existência de verdadeira comunhão de interesses

na constituição de um patrimônio comum. Não haveria nenhum motivo legal para impedir que assim fosse interpretada, porquanto não dispôs a lei que a separação alcançasse os bens adquiridos durante a convivência. Embora reconheça o valor e a força do argumento deduzido pelo recurso, não enxergo falha na interpretação consolidada na Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. E assim é pela só razão de que a cautela imposta tem por objetivo proteger o patrimônio anterior, não abrangendo, portanto, aquele obtido a partir da união.

Restaria, ainda, nesse primeiro aspecto, examinar a questão da Súmula nº 377 no que concerne ao esforço comum como requisito para que se admita a partilha. Reitero o meu convencimento de que não há razão alguma para que se faça tal exigência. A participação é direta ou indireta, não apenas financeira, mas, também, a solidariedade existente na vida comum, o esforço de cada qual na manutenção da vida familiar, o amor que sustenta o existir da comunhão, tudo contribuindo decisivamente para que se construa o patrimônio. Ao comentar a Súmula nº 377, Roberto Rosas conclui que a "comunhão dos aqüestos mais se justifica, porque até na união estável admite-se pertencerem a ambos os bens adquiridos por um ou por ambos, presumindo-se frutos do trabalho e da colaboração comum" (*Direito Sumular*, 8. ed., Malheiros Editores, 1997, p. 148). Anoto que a sentença destacou que a mulher "desempenhava atividades no recesso do lar (administração da casa e cuidados próprios de esposa ao autor), colaborava com a manutenção do patrimônio e empreendia esforços para com o autor viver em harmonia e tranqüilidade, devotando-lhe carinho, amor, respeito e assistência, pois, por certo, almejavam, já no terço final de suas vidas, desfrutar desses valores da alma, ante a progressiva debilidade física, própria do avanço da idade" (f. 564).

Nesta Corte, o tema tem sido objeto de controvérsia. Mais recentemente, a Quarta Turma, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, decidiu que a Súmula nº 377 "não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário" (REsp nº 154.896/RJ, *DJ* de 1º/12/03). O precedente acompanha outro, mais antigo, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, invocando precedente de que Relator o Ministro Moreira Alves, na mesma direção, isto é, no regime de separação legal, "comunicam-se os aqüestos, não importando que hajam sido ou não adquiridos com o esforço comum" (REsp nº 1.615/GO, *DJ* de 12.03.90). Aquele precedente, na minha compreensão, superou outro também da Quarta Turma (REsp nº 442.629/RJ, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, *DJ* de 17.11.03), que mencionou o esforço comum calçado em precedente de que Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (REsp nº 9.938/SP, *DJ* de 03.08.92). Nesta Terceira Turma, com a minha relatoria, e os votos dos Ministros Ari Pargendler e Waldemar Zveiter, decidiu-se em consonância com aquele primeiro precedente de que Relator o Ministro Eduardo Ribeiro (REsp nº 208.640/RS, *DJ* de 28/05/01), nos termos que se seguem:

> Em princípio, creio ser a posição agasalhada pela Terceira Turma a que melhor se ajusta ao casamento. De fato, como assinalado no acórdão recorrido, a jurisprudência passou a considerar que a convivência gera uma participação comum para a manutenção da vida familiar, admitindo-se, assim, que o esforço comum não fique concentrado na mera contribuição econômica, sendo suficiente a existência de contribuição indireta, própria da vida de casado, tal e qual construiu a jurisprudência no caso das antigas sociedades de fato, hoje, sob o regime da união estável.
>
> Não vislumbro que essa interpretação colida com a regra do art. 276, que, seguramente, não implica considerar dentro do regime da separação os bens adquiridos durante a convivência. É certo que a interpretação fica sem sentido se houver estipulação específica sobre a matéria, como permite o art. 256 do mesmo Código, respeitadas as ressalvas do art. 258 e a nulidade estampada no parágrafo único do art. 256".

Tenho, portanto, como superada a divergência entre as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte quanto à possibilidade da comunhão dos aqüestos no regime da separação legal, considerada a participação direta ou indireta, não influente o esforço comum de natureza econômica.

Quanto ao segundo ponto, a impugnação feita pelo especial, como vimos, diz com a necessidade de também ser efetuada a partilha dos bens adquiridos pela mulher. A circunstância aqui é que o acórdão afirmou, expressamente, que não há nos autos prova alguma da existência desses bens. Afirmou, ainda, o Tribunal local que "os apelantes deixaram precluir a oportunidade de trazerem elementos que os comprovassem" (f. 655). Novamente no acórdão dos declaratórios, o Tribunal local foi mais específico, asseverando que os interessados não trouxeram "qualquer elemento a comprovar tal afirmação, de maneira a se determinar a divisão dos referidos bens. Por outro lado, quanto aos bens imóveis de Uiara Costa, os embargantes também se limitaram a fazer alegações sem provas, resumindo-se a argumentar que 'também os bens imóveis e móveis, além de créditos, pertencentes à apelada, devem ser partilhados (...)' (f. 590) Portanto, considerando que os embargantes não comprovaram a existência dos supostos bens móveis e imóveis de Uiara Costa, não há que se falar em divisão dos mesmos" (f. 765/766).

O especial enfrenta a questão, desde logo, com base na alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, asserindo que juntaram "todos os documentos necessários para comprovar a evolução patrimonial da ora recorrida durante o deslinde processual, especialmente os créditos da recorrida e dos imóveis que adquiriu (f. 204 a 211, cujas cópias também foram juntadas nas f. 734 a 741). Outrossim, justamente para comprovar a existência dos referidos documentos nos autos, os ora recorrentes efetuaram novamente a sua juntada quando dos embargos de declaração (f. 668 a 752)" (f. 779). Ora, como já visto, não se pode falar de violação do art. 535 do Código de Processo Civil pela simples razão de que, certa ou equivocadamente, a afirmação do julgado é no sentido de que os recorrentes não comprovaram a existência de bens adquiridos pela mulher. Sem dúvida que os declaratórios servem para fixar a base empírica do julgado. Mas, no caso, a base empírica foi posta no acórdão da apelação e reiterada no dos declaratórios, não se podendo divisar omissão, presente que o Tribunal local, em duas oportunidades, expressamente, cuidou do tema e repeliu o convencimento dos apelantes que estava nos autos a prova exigida. Mas cuida, também, da questão da preclusão, que, como já vimos, não oferece, na perspectiva com que enfrentado este recurso, maior relevância. Na verdade, o Tribunal local não se eximiu de examinar a prova dos autos sobre a existência de patrimônio em nome da recorrida, mas, tão-somente, afastou a nulidade da sentença, por não ter examinado as questões de fato, tanto que, como visto antes, em duas oportunidades afirmou que não há nos autos elementos de convicção sobre a existência de patrimônio em nome da recorrida. A questão aparece no especial novamente já no contexto do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916 e da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, que, sem sombra de dúvida, não têm valia para enfrentar o tema da falta de comprovação da existência de bens a partilhar em nome da ré. Mas, além disso, o que chama atenção é que a própria petição inicial, é claro que, no contexto de impedir a partilha do próprio patrimônio do autor, assevera que não há bens a partilhar, destinando-se a ação a declarar dissolvida a união estável, considerando que todos os bens foram adquiridos com recursos próprios e oriundos de venda de outros bens. Veja-se que o autor afirma que todos os "eletrodomésticos existentes no imóvel foram também adquiridos pelo autor" (f. 4), destacando, mais adiante, que, a "fim de esclarecer definitivamente a inexistência de bens a serem partilhados, o autor requer a juntada aos autos do laudo pericial anexo, que demonstra a evolução patrimonial das partes" (f. 5), nunca tendo a requerida contribuído "para as despesas da casa, sendo que todas elas eram suportadas exclusivamente pelo autor" (f. 5), e os rendimentos da ré "eram destinados aos seus gastos pessoais, remédios e à ajuda que a mesma prestava aos filhos. Indiretamente estava o autor auxiliando os filhos da requerida" (f. 5), embora tenha mencionado operação financeira em favor da filha da mulher, para a compra de imóvel, e posterior confissão de dívida, "passando a requerida a ser credora da filha" (f. 6), tornando-se proprietária do imóvel em virtude do falecimento da filha, concluindo por afirmar, expressamente, que não existem bens imóveis a serem partilhados. Com esse cenário, não há

como dar vazão à partilha de patrimônio da recorrida, diante de sua inexistência, como apurado pelo Tribunal local a teor da Súmula nº 7 da Corte.

Quanto ao dissídio, as razões acima deduzidas o afastam por inteiro.

Não conheço do especial.

**Certidão**

Certifico que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, não conhecendo do recurso especial, pediu vista a Sr.ª Ministra Nancy Andrighi. Aguardam os Srs. Ministros Castro Filho e Ari Pargendler".

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília-DF, 13 de setembro de 2005. - *Marcelo Freitas Dias* - Secretário.

**Voto-vista**

*A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi* - Recurso especial interposto por Selma Ferrante Baena e outros, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJPR.

Ação: declaratória de existência e extinção de união estável, cumulada com inexistência de bens a partilhar, movida por Nestor Baena, (falecido no curso do processo), pai da primeira recorrente, em face de Uiara de Vasconcelos Costa, ora recorrida.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, declarando dissolvida a união estável, mas determinando a partilha de todos os bens adquiridos na constância da união estável (f. 565)

Acórdão: deu parcial provimento à apelação dos ora recorrentes, apenas para reconhecer a incidência do art. 258, parágrafo único e inciso II, do Código Civil de 1916, mas determinou a partilha de todos bens adquiridos por Nestor Baena durante a união estável; ficando assim ementado:

> Apelação cível. Ação de dissolução de união estável, cumulada com ação declaratória de inexistência de bens imóveis a serem partilhados. Alegação de nulidade da sentença. Inocorrência. União estável equiparada ao casamento com o advento da Constituição Federal. Homem com mais de sessenta anos ao iniciar o relacionamento. Incidência do art. 258, parágrafo único e inciso II, do Código Civil de 1916. Regime da separação obrigatória de bens. Bens adquiridos durante a união estável devem integrar a partilha quando da dissolução da mesma. Súmula 377 do STF. Ausência de prova de que os bens adquiridos durante a união estável foram comprados com o produto de bens havidos anteriormente ao início da mesma. Falta de prova da existência de bens da apelada para integrar a partilha. Recurso parcialmente provido. - A Constituição Federal de 1988 equiparou a união estável ao casamento, uma vez que ambos visam à formação de uma entidade familiar. Assim, aplicam-se à união estável, no que for possível, os dispositivos referentes ao casamento (f. 647/648).

Embargos de declaração: opostos pelos recorrentes, mas rejeitados (f. 762).

Recurso especial: alegou violação, em síntese, aos artigos:

a) 535, II, do Código de Processo Civil; e

b) 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, pois o acórdão recorrido, não obstante reconhecer que deveria ser aplicado o regime de separação obrigatória de bens, pois o Sr. Nestor Baena contava com mais de 60 (sessenta) anos quando da união estável com a ora recorrida, determinou a partilha de todos os bens adquiridos por ele durante a união estável.

Alegam, ainda, haver dissídio jurisprudencial com julgados de outros tribunais do

País, inclusive desta Corte, que entenderam: (I) não ser obrigatória a oposição de embargos de declaração contra sentença; e que, (II) no casamento sob o regime de separação obrigatória de bens, somente aqueles adquiridos com a colaboração financeira de ambos os cônjuges é que poderiam ser partilhados.

Prévio juízo de admissibilidade: Sem contra-razões, foi o especial admitido na origem.

É o relatório. Passo a decidir.

a) Da alegada violação ao art. 535, II, do CPC.

O TJPR apreciou, de forma fundamentada, as questões pertinentes para a resolução da controvérsia, ainda que tenha dado interpretação contrária aos anseios dos recorrentes, situação que não serve de alicerce para a interposição de embargos de declaração.

Ressalte-se que o sucesso dos embargos de declaração, mesmo quando interpostos para fins de prequestionamento, necessita de alguma das hipóteses ensejadoras previstas no art. 535 do CPC, inexistentes na espécie. Dessa forma, não há falar em ofensa ao art. 535, II, do CPC.

b) Da alegada violação ao art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916.

Os ora recorrentes alegam que o Tribunal *a quo* violou o art. 258, parágrafo único, inc. II, do Código Civil de 1916, pois, não obstante reconhecer que deveria ser aplicado o regime de separação obrigatória de bens, uma vez que o Sr. Nestor Baena contava com mais de 60 (sessenta) anos quando da união estável com a ora recorrida, determinou a partilha de todos os bens adquiridos por ele durante a união estável.

Cinge-se a discussão, portanto, em saber se, na união estável em que um dos conviventes já era sexagenário no início da relação de companheirismo, deve ou não ser observado o regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 258, parágrafo único, inc. II, do CC/1916 e, conseqüentemente, quais bens devem ou não ser partilhados.

Decorre da interpretação do art. 5° da Lei nº 9.278/96, que não há dúvida de que na união estável o regime de bens é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, prescindindo, para tanto, a prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os conviventes. Essa é a regra para a união estável.

Todavia, essa regra deve ser aplicada com temperamentos, sob pena de se favorecer a fraude à lei e criar situações que acabam por contrariar a *ratio legis* da Constituição Federal.

Com efeito, basta imaginar a seguinte hipótese. Dois casais de sexagenários: o primeiro casal quer se casar civilmente e o segundo deseja constituir união estável. Quanto ao casal que quer se casar civilmente, será aplicado, obrigatoriamente, o regime da separação total de bens, por força do art. 258, parágrafo único, inciso II, do CC/1916 (e hoje do art. 1.641, II, do Código Civil atual). Todavia, quanto ao casal que deseja constituir união estável, se não for escolhido outro regime de bens entre os conviventes, prevalecerá o regime da comunhão parcial de bens.

Nessa linha de raciocínio, se o casal de sexagenários que se casou civilmente viesse a se separar, nenhum deles teria direito sobre os bens adquiridos pelo outro na constância do casamento. Todavia, se houvesse a dissolução da união estável entre o segundo casal de sexagenários, haveria comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável.

Contudo, a Constituição Federal em seu art. 226, § 3°, coloca a união estável "em plano inferior ao do casamento", "tanto que deve a lei facilitar a conversão desta naquele" (cf. a interpretação do STF, no MS n° 21.449/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 17.11.1995, p. 39.206, *RTJ* 163-01/116), pelo que a primeira não pode conferir mais direitos do que o segundo. Por isso, o art. 5°

da Lei nº 9.278/96 deve ser interpretado conforme a Constituição, razão pela qual não se pode aplicar o regime de bens nele previsto a todo e qualquer tipo de união estável, sob pena de se conceder mais benefícios à união estável do que ao casamento civil, como demonstrado na hipótese acima, em evidente contradição com a finalidade determinada pela Constituição Federal.

Além disso, interpretação diversa acabaria por favorecer a fraude à lei, pois um casal de sexagenários poderia optar pela união estável em vez de casar-se, para com isso escapar da imposição legal ao regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 258, parágrafo único, inciso II, do CC/1916 e no art. 1.641, II, do Código Civil atual.

Assim, quando um dos conviventes já é sexagenário no início da união estável (ou quando esta se dá entre sexagenários), deve ser observado o regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 258, parágrafo único, inciso II, do CC/1916 e no art. 1.641, II, do Código Civil atual.

Diante disso, por aplicação analógica, incide, na espécie, a Súmula n° 377 do Supremo Tribunal Federal ("No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento"). Contudo, segundo os precedentes que lhe deram origem, esta súmula somente diz respeito aos bens adquiridos na constância do casamento ou, como nesta demanda, da união estável envolvendo sexagenários, mediante o esforço comum dos cônjuges ou conviventes.

Com efeito, da análise dos precedentes que conduziram à Súmula n° 377 (Embargos Infringentes no RE n° 8.984/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, *DJ* de 11.01.1951; RE n° 10.951/RJ, Rel. Min. Castro Nunes, *DJ* de 09.04.1948; RE n° 9.128/MG, Rel. Min. Edgard Costa, *DJ* de 17.12.1948; e RE n° 7.243/CE, Rel. Waldemar Falcão, *DJ* de 12.6.1945), nota-se que o STF admitia a partilha dos bens cuja aquisição tivesse decorrido do esforço comum dos cônjuges - e não a comunicação pura e simples dos bens adquiridos na constância do casamento.

A esse respeito, basta ler o seguinte trecho do voto do Min. Décio Miranda, no julgamento do RE n° 93.153/RJ, Rel. Min. Leitão de Abreu (*DJ* de 13.11.1981, p. 11.415, *RTJ* 100/362), que versava exatamente sobre regime de separação legal de bens decorrente de casamento de sexagenário, para se perceber qual é a interpretação do STF sobre a sua Súmula n° 377:

> Trata-se, pois, de questão resolvida à consideração de não haver o cônjuge-mulher concorrido com o seu esforço para aquisição de tais bens, sendo assim a eles inaplicável o enunciado da Súmula 377, que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente concerne aos bens adquiridos, na constância do casamento, mediante esforço comum dos cônjuges, e não a todos e quaisquer bens advindos a um deles (*RTJ* 100/365).

Nesse mesmo sentido, ainda, é majoritária a jurisprudência do STF, conforme os seguintes julgados, assim ementados no que interessa:

> Casamento. Regime de bens. Separação legal. - Os bens havidos, na constância do casamento, por um dos cônjuges, em virtude de herança, não se comunicam. A Súmula 377 refere-se à comunicação de aqüestos, no regime de separação legal. Não é invocável quando se cuida de bens adquiridos na constância do matrimônio, não pela cooperação de ambos os cônjuges, mas por herança. Código Civil, arts. 259 e 258, parágrafo único, inciso I. Sendo de separação legal o regime de bens, no desquite litigioso, não é de assegurar meação quanto aos bens havidos por herança, na constância do casamento. Negativa de vigência do art. 259, do CCB, que não se verifica. Recurso extraordinário não conhecido (RE n° 93.168/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 30.11.1984, p. 10.441, Ement. 1.360-02/344)

> Civil. Regime de bens no casamento. - No regime da separação legal de bens, não se comunicam os adquiridos com o produto da venda de bens anteriores ao casamento. Inaplicabilidade da Súmula 377 (RE n° 93.153/RJ, Rel. Min. Leitão de Abreu, *DJ* de 13.11.1981, p. 11.415, *RTJ* 100/362)
> Comunhao de aqüestos no regime de separação legal. - Não diverge da Súmula 377 a

> decisão que a limita aos bens adquiridos graças ao esforço comum dos cônjuges, com exclusão dos havidos por doação ou herança. Recurso extraordinário não conhecido (RE n° 89.480/RJ, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *DJ* de 19.10.1980, p. 8.618, Ement. 1.153-02/565)

Nesta Corte, há precedentes, ambos da 4ª Turma, que seguem o entendimento majoritário do STF: REsp n° 442.629/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *REPDJ* de 17.11.2003 e REsp n° 9.938/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 03.08.1992. Outros, por outro lado, que entendem que se comunicam os aqüestos, não importando que hajam sido ou não adquiridos com o esforço comum: REsp n° 154.896/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* de 1º.12.2003; REsp n° 1.615/GO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* de 12.03.1990 e REsp n° 208.640/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 28/05/2001.

Embora reconheça a existência de corrente jurisprudencial nesta Corte que preconiza a adoção do preceito contido na Súmula n° 377 do STF independentemente da demonstração do esforço comum de ambos os cônjuges, entendo que, especialmente em se tratando de casamento ou de união estável envolvendo sexagenários, deve haver a prova do esforço na aquisição dos bens, por crer que ela tolhe o enriquecimento sem causa do cônjuge ou convivente (ou de seus herdeiros) que para tanto não contribuiu e põe a salvo o sexagenário "de qualquer propósito subalterno ou menos digno" (cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, *Direito da Família.* 36. ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 183) daquele que com ele mantém relacionamento amoroso apenas interessado no patrimônio deste.

Com efeito, presumindo-se os maiores atrativos de quem tem melhores condições financeiras ou mesmo fortuna e que geralmente a pessoa sexagenária já apresenta um patrimônio relativamente definido (ao contrário daqueles que estão começando a vida profissional e que ainda formarão seu patrimônio), não se pode admitir que o casamento ou mesmo a união estável sejam realizados por meros interesses financeiros, em prejuízo do sexagenário e ou de seus herdeiros.

De fato, conforme justificou o Senador Josaphat Marinho na manutenção do inciso II do art. 1.641 do Código Civil atual, trata-se de prudência em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos consortes, pois é de se lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos àquele que tem mais de 60 anos de sujeitar-se a um casamento ou união estável em que o outro consorte tenha em mente apenas vantagens financeiras, ou seja, em verdadeira armadilha preparada com falsas intenções sentimentais (cf. anota MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Direito da Família.* 37. ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 218).

Nessa linha de raciocínio, quando o casamento ou a união estável envolvem sexagenário, é imprescindível a prova, por quem pleiteia a participação no patrimônio adquirido durante a relação, que concorreu para a sua aquisição ou aumento, com seus recursos ou com seu trabalho. Entender de modo diverso é abrir ensanchas ao abuso daqueles que adotam, como meio de vida, as vantagens obtidas com casamentos e uniões estáveis com sexagenários, o que na linguagem popular se conhece por "golpe do baú".

Aliás, de se notar, a esse respeito, que, na redação original do projeto do Código Civil atual, aprovada inicialmente no Senado, vedava-se expressamente a comunicação dos bens adquiridos durante o casamento no regime da separação obrigatória de bens, mas, na fase final da tramitação do projeto, na Câmara dos Deputados, foi suprimida tal vedação, com fundamento na lição de Washington de Barros Monteiro, que entende ser acertada, diante do estabelecimento de sociedade de fato ou comunhão de interesses, a comunicação dos bens adquiridos pelo esforço comum, já que não há razão para que os bens fiquem pertencendo exclusivamente a um deles, desde que representem trabalho e economia de ambos (*Novo Código Civil comentado*, 3. ed., coordenação Ricardo Fiúza, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1.502).

Ademais, a justificar um maior rigor para a partilha dos bens na união estável envolvendo sexagenário, não se pode perder de vista que essa abre muito mais oportunidades em relação ao casamento (devido à solenidade de que este se reveste) para que, em face da fluidez dos requisitos para seu reconhecimento - cuja declaração judicial, aliás, será posterior ao próprio convívio do casal -, seja aproveitada uma convivência rotineira e aparentemente informal apenas para um relacionamento pessoal focado em circunstâncias outras que não o envolvimento realmente afetivo.

Portanto, ao reconhecer que deveria ser aplicado o regime de separação obrigatória de bens, mas determinar a partilha de todos os bens adquiridos pelo Sr. Nestor Baena durante a união estável, o acórdão recorrido violou o art. 258, parágrafo único, inciso II, do CC/1916, pois só devem ser partilhados os bens adquiridos durante a convivência e desde que quem pede a partilha destes comprove que contribuiu para a sua aquisição.

Forte em tais razões, não obstante o laborioso voto do Relator, divirjo deste para conhecer em parte do presente recurso especial pela alínea *a* do permissivo constitucional e dar-lhe provimento para, reformando o acórdão recorrido, determinar a partilha somente dos bens adquiridos durante a união estável e que comprovadamente tenham decorrido do esforço comum dos conviventes, o que poderá ser feito em sede de liquidação por artigos.

É como voto.

**Certidão**

Certifico que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sr.ª Ministra Nancy Andrighi, conhecendo em parte do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Castro Filho. Aguarda o Sr. Ministro Ari Pargendler".

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília-DF, 14 de fevereiro de 2006. - *Solange Rosa dos Santos Veloso* - Secretária.

**Voto-vista**

*O Exmo. Sr. Ministro Castro Filho* - Trata-se de recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sintetizado nos seguintes termos:

> Apelação cível. Ação de dissolução de união estável, cumulada com ação declaratória de inexistência de bens imóveis a serem partilhados. Alegações de nulidade da sentença. Inocorrência. União estável equiparada ao casamento com o advento da Constituição Federal. Homem com mais de 60 anos ao iniciar o relacionamento. Incidência do art. 258, parágrafo único e inciso II, do Código Civil de 1916. Regime de separação obrigatória de bens. Bens adquiridos durante a união estável devem integrar a partilha quando da dissolução da mesma. Súmula 377 do STF. Ausência de prova de que os bens adquiridos durante a união estável foram comprados com o produto de bens havidos anteriormente ao início da mesma. Falta de prova da existência de bens da apelada para integrar a partilha. Recurso parcialmente provido. - A Constituição Federal de 1988 equiparou a união estável ao casamento, uma vez que ambos visam à formação de uma entidade familiar. Assim, aplicam-se à união estável, no que for possível, os dispositivos referentes ao casamento.

Após os votos do eminente Relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, pela manutenção do aresto recorrido, e da insigne Ministra Nancy Andrighi, pelo provimento do recurso especial, a fim de determinar a exclusão da partilha daqueles bens que, embora adquiridos durante a união estável, não tenham comprovadamente decorrido do esforço comum dos conviventes, pedi vista dos autos.

Em que pese o brilhantismo com o qual foi fundamentado o voto divergente, compartilho da posição delineada no voto-condutor. Com efeito,

observo que é tendência jurisprudencial reconhecer a presunção relativa ao esforço comum em relação à formação do patrimônio na constância da união estável, posição que se confirma na redação do artigo 1.725 do novel Código Civil.

Conforme bem assinalou o acórdão recorrido, com esteio na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, a partilha dos bens ocorre independentemente de ter havido contribuição financeira por parte do convivente, pois deve-se partir do pressuposto de que houve contribuição, ainda que indireta, para formação do patrimônio comum durante o período de união estável.

De fato, se a orientação jurisprudencial que deu ensejo à mencionada súmula do Pretório Excelso é no sentido de que, mesmo "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento", e, se a jurisprudência desta Corte já firmou posicionamento no sentido de que o esforço comum não se resume à contribuição econômica, mas a todos os aspectos da participação para a manutenção da entidade familiar, não resta dúvida sobre a regra geral de comunicabilidade dos aqüestos construídos durante a união estável, entendimento que evidentemente deve ser afastado em casos comprovados de fraude à lei e que pode ser afastado naqueles em que houver prova de que os bens do casal foram adquiridos a partir de um patrimônio anterior exclusivo de um dos conviventes, hipóteses não configuradas nos autos.

Pelo exposto, acompanho o voto-condutor e não conheço do recurso especial.

**Voto**

*Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler* - Sr.ª Presidente, peço vênia a V. Ex.ª, porque o acórdão foi expresso no sentido de que esses bens foram adquiridos com o produto do trabalho anterior do cônjuge, o que se vê da própria ementa.

Não conheço do recurso especial, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator.

**Certidão**

Certifico que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso especial. Votou vencida a Sr.ª Ministra Nancy Andrighi. Os Srs. Ministros Castro Filho e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator".

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília-DF, 11 de abril de 2006. - *Solange Rosa dos Santos Veloso* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 01.08.2006.)

-:::-

**PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - MULTA - REDUÇÃO - RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA - POSSIBILIDADE - ART. 106 DO CTN - PRECEDENTES**

**1. De acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, aplicam-se os efeitos retroativos de lei mais benéfica enquanto não definitivamente julgado o ato, nos termos do art. 106, inciso II, alínea *c*, do Código Tributário Nacional. Precedentes.**

**2. A norma alcançará os atos ou fatos pretéritos que não foram definitivamente julgados, ou seja, que não transitaram em julgado.**

**3. Recurso especial provido.**

RECURSO ESPECIAL Nº 408.007-RS - Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Recorrente: Nova Veneza Transportes Ltda. Advogados: João Bosco Martinato e outros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Procuradores: Miguel Augusto Basso Damiani e outros.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília-DF, 23 de maio de 2006 (data do julgamento). *Ministro João Otávio de Noronha* - Relator.

**Relatório**

*Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha* - Trata-se de recurso especial interposto por Nova Veneza Transportes Ltda. com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que firmou entendimento de que:

> a redução de multa em face da aplicação retroativa do disposto na Lei nº 10.932/97 só se aplica, nos termos do art. 106, inc. II, alínea *c*, do Código Tributário Nacional, a ato não definitivamente julgado na esfera administrativa, não tendo, pois, ocorrido lançamento.

Sustenta a recorrente negativa de vigência ao art. 106, II, *c*, do Código Tributário Nacional, além de dissídio jurisprudencial com julgados desta Corte, segundo os quais constitui "ato não definitivamente julgado o lançamento fiscal impugnado por meio de embargos do devedor em execução fiscal".

Contra-razões às f. 459/474.

Juízo positivo de admissibilidade às f. 481/485.

É o relatório.

**Voto**

*Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator)* - No que tange à redução da multa, o recurso merece prosperar.

Admite-se excepcionalmente a retroação dos efeitos do regramento que prevê a redução da multa, tendo em vista o caráter mais benéfico ao contribuinte. No entanto, essa norma somente se aplicará aos atos ou fatos pretéritos não definitivamente julgados, ou seja, não transitados em julgado. Entendo que essa é a exegese mais consentânea com o art. 106, II, *c*, do CTN.

Colho, a propósito, julgados desta Corte que bem refletem a conclusão ora adotada:

> Tributário. Redução de multa. Lei Estadual 9.399/96. Art. 106, II, *c*, do CTN. Retroatividade.
> 1. O artigo 106, II, *c*, do CTN, admite que lei posterior por ser mais benéfica se aplique a fatos pretéritos, desde que o ato não esteja definitivamente julgado.
> 2. Tem-se entendido, para fins de interpretação dessa condição, que só se considera como encerrada a execução fiscal após a arrematação, adjudicação e remição, sendo irrelevante a existência ou não de embargos à execução, procedentes ou não. De igual modo, considera-se ato não definitivamente julgado o lançamento fiscal impugnado por meio de embargos, uma vez que os atos administrativos não são imunes à revisão pelo Poder Judiciário.
> [...] (REsp nº 218.064, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, *DJ* de 25.02.2002.)

> Execução fiscal. Multa. Redução de 30% para 20%. Artigo 106 do Código Tributário Nacional. Leis paulistas 6.374/89 e 9.399/96. Multa moratória e punitiva. Distinção. Não-cabimento.
> - O Código Tributário Nacional, em seu artigo 106, estabelece que a lei nova mais benéfica ao contribuinte se aplica ao fato pretérito, razão por que correta a redução da multa para 20% nos casos, como na espécie, em que a execução fiscal não foi definitivamente julgada. Não cabe

distinguir multa moratória e multa punitiva, se a lei não se preocupou em fazê-lo. Recurso especial não conhecido. Decisão unânime (REsp nº 241.994/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, *DJ* de 08.05.2000).

Tributário. Lei menos severa. Aplicação retroativa. Possibilidade. Redução da multa de 30% para 20%.
O Código Tributário Nacional, artigo 106, inciso II, letra *c*, estabelece que a lei se aplica a ato ou fato pretérito quando lhe comina punibilidade menos severa que a prevista por lei vigente ao tempo de sua prática. A lei não distingue entre multa moratória e punitiva.
Tratando-se de execução não definitivamente julgada, pode a Lei nº 9.399/96 ser aplicada, sendo irrelevante se já houve ou não a apresentação dos embargos do devedor ou se estes já foram ou não julgados.
Embargos recebidos (EREsp nº 184.642, Relator Ministro Garcia Vieira, *DJ* de 16.08.1999).

Note-se também que o dispositivo acima mencionado se aplica tanto às multas de caráter punitivo como às moratórias, uma vez que ao intérprete não cumpre distinguir quando a lei não o faz (STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 216.912, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, *DJ* de 25.3.2002; e STJ, Segunda Turma, Recurso Especial nº 241.994, Relator Ministro Franciulli Netto, *DJ* de 8.5.2000).

Desse modo, impõe-se a aplicação ao presente caso da regra inscrita no art. 106, II, *c*, do CTN, garantindo-se a redução do valor da multa aplicada ao contribuinte.

Por tais razões, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, com vista a reduzir a multa moratória imposta.

É como voto.

**Certidão**

Certifico que a egrégia Segunda Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 23 de maio de 2006. - *Valéria Alvim Dusi* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 03.08.2006.)

-:::-

## CIVIL - DANOS MORAIS E MATERIAIS - DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO

**- Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade.**

**- Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí por que não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula.**

**- Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material.**

**Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.**

**Segundo recurso especial das autoras não conhecido.**

**Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido.**

RECURSO ESPECIAL Nº 521.697-RJ - Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA

Recorrente: Editora Schwarcz Ltda. Advogados: Antônio Augusto Alckmin Nogueira e outros. Recorrentes: Maria Cecília dos Santos Cardoso e outros. Advogados: Luiz Eduardo Salles Nobre e outro. Recorridos: os mesmos.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, ante a aposentadoria do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e o afastamento do Sr. Ministro Barros Monteiro, que eram os votos faltantes, dar por encerrado o julgamento deste processo, uma vez que já está aperfeiçoado pela maioria; portanto, por unanimidade, conhecer parcialmente do primeiro recurso especial, o dos autores, e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento; não conhecer do segundo recurso especial, o das autoras; conhecer do recurso especial da ré e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 16 de fevereiro de 2006 (data do julgamento). - *Ministro Cesar Asfor Rocha* - Relator.

**Relatório**

*O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha* - As autoras, filhas herdeiras de Manoel dos Santos, consagrado como Garrincha, promoveram uma ação ordinária contra Editora Schwarcz Ltda. (Companhia das Letras Editora, nome fantasia), por esta ter lançado o livro intitulado *Estrela solitária - um brasileiro chamado Garrincha*, sem autorização das autoras, alegando violação ao direito à imagem, ao nome, à intimidade, à vida privada, à honra e todos os conexos da personalidade do referido ídolo, execrando a sua memória, postulando pela indenização de danos patrimonial e moral.

Em primeiro grau, a ação foi julgada parcialmente procedente, reconhecendo a existência apenas de danos morais a serem indenizados no valor equivalente a mil salários mínimos, com juros de 6% ao ano, desde a citação, e em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

As partes apelaram.

As autoras, para aumentar o valor da condenação por danos morais, para obter o reconhecimento de danos materiais, juros desde o lançamento do livro e honorários em 20%.

A ré, buscando a nulidade da sentença por falta de apreciação adequada da prova, e, no mérito, a improcedência ou a redução da indenização dos danos morais e a aplicação do art. 21 do CPC.

O eg. Tribunal local decidiu, sem discrepância, ter por incabível o dano moral, e, por maioria, admitiu o dano material a ser indenizado no valor correspondente a cinco por cento sobre o total do preço do livro, a ser apurado em liquidação.

Os declaratórios das autoras foram rejeitados e improvidos os infringentes da ré.

As autoras interpuseram dois recursos especiais.

O primeiro (f. 565/575), por alegado dissídio e violação dos artigos 159 e 1.553 do

Código Civil de 1916, buscando reparação pelos danos morais em valor correspondente a dez mil salários mínimos, postulando pela contagem dos juros a partir do ato ilícito, e que a liquidação seja feita por arbitramento.

O segundo (f. 638/643), com as mesmas postulações do primeiro.

A ré, por seu turno, também ingressou com recurso especial (f 669/680), alegando ofensa aos artigos 6º e 126 do CPC, 4º da LICC, 160, I, e 1.526 do Código Civil de 1916, e 38, *caput*, da Lei 9.610/98, isso porque o direito de imagem é personalíssimo, não se transmitindo para as filhas, aduzindo, fundamentalmente, que elas não teriam legitimidade para ajuizar a presente ação.

Devidamente respondidos, os recursos foram obstados na origem, tendo o seu curso sido desembaraçado em face do provimento dado aos agravos de instrumento, para melhor exame, pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, então Relator.

Era o de importante a relatar.

**Voto**

*O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha* (Relator) - 01. Começo este voto por examinar o segundo recurso das autoras, aquele lançado contra o v. acórdão dos embargos infringentes.

Como consignado no relatório, a sentença reconheceu a existência apenas de danos morais, a serem indenizados no valor equivalente a mil salários mínimos, com juros de 6% ao ano, desde a citação, e em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Ao julgar a apelação, o eg. Tribunal local decidiu reformar a sentença em dois distintos pontos: no primeiro, sem discrepância, para ter por incabível o dano moral; no segundo, e por maioria, para admitir o dano material, a ser indenizado no valor correspondente a cinco por cento sobre o total do preço dos livros, a ser apurado em liquidação de sentença.

O pedido referente à condenação em dano moral não pode ser aqui apreciado, pois este tópico foi unanimemente afastado na apelação. Será objeto de apreciação quando analisado o primeiro recurso especial das autoras.

Igualmente não merece acolhida a postulação referente à contagem dos juros a partir do ato ilícito, e a que pretende que a liquidação seja procedida por arbitramento.

É que esses pontos adotados no v. acórdão da apelação, reformando a sentença, contra os quais se volta a insurgência, foram tomados por maioria, não tendo as autoras ingressado com os necessários infringentes, sendo, como se sabe, "inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem" (Verbete sumular nº 207/STJ).

Nem se diga que seria cabível veicular essas inconformações nesse seu segundo recurso especial, ao argumento de que essas conclusões foram adotadas no r. aresto dos embargos infringentes interpostos pela ré, o que teria o condão de ensejar nova oportunidade para recorrer.

É que, sobre essas conclusões, ocorreu a preclusão, obstáculo intransponível para a admissibilidade de qualquer recurso, inclusive o especial de que ora se cuida.

Com efeito, não conheço do segundo recurso especial das autoras.

02. Aprecio agora o primeiro recurso especial das autoras e limito-me a examinar apenas o pedido referente ao reconhecimento da ocorrência de dano moral e a sua conseqüente indenização.

É que os demais pedidos se dirigem a conclusões chegadas por maioria da Turma Julgadora da apelação, não tendo as autoras, como acima dito, interposto embargos infringentes, sendo "inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem" (Verbete sumular nº 207/STJ).

Ao relatar o agravo regimental contra a liminar no mandado de segurança que concedeu a busca e apreensão dos exemplares disponíveis ao público do livro aqui ventilado, o ilustre Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, com a sua reconhecida autoridade sobre o assunto, assim registrou, com maestria:

> Este relator, por dever de ofício, já que não é entusiasta do futebol, nem torce para qualquer time, leu o livro no último fim de semana para que pudesse proferir este voto. Lamentavelmente, constatei que a obra não faz justiça a um grande jogador de futebol que por duas vezes levou o Brasil a ser campeão do Mundo.
>
> Não se limitou o autor a relatar o futebol do Garrincha, a habilidade que o tornou um mito mundial, suas proezas nos gramados e vitórias nos campeonatos; infelizmente foi muito além, invadindo a intimidade do cidadão Manoel do Santos e apequenando a sua imagem. Se um quadro vale por mil palavras, como diz o ditado chinês, a capa do livro em exame é um longo discurso contra a imagem do Garrincha. Em lugar do atleta chutando a bola em gol ou dando os seus dribles que levavam as galeras ao delírio, mostra um homem deprimido e desolado, quase a figura de um farrapo humano. Pior que tudo, a imagem da capa é retratada em páginas de dolorosa impiedade, que aos poucos vai despindo o mito, transformando-o em profissional derrotado, pai irresponsável, marido infiel e ébrio inveterado. Ao final do livro, Garrincha não passa de um grande logro, autêntico exemplo de fracasso humano.
>
> Se tal não bastasse, atenta ainda o livro agressivamente contra a intimidade do Garrincha, trazendo a público relato de fatos da sua mais restrita privacidade, desde a sua meninice até a sua morte. Seus dotes sexuais, seus vícios ocultos, seus casos amorosos, seus fracassos na cama, tudo é investigado com microscópio e depois ampliado e divulgado sem retoques. Nem mesmo a intimidade de sua vida familiar foi poupada. Seria de mau gosto reproduzir aqui trechos de alguns capítulos do livro; seria grosseiro e deprimente, mas se alguém quiser conferir verifique f. 29/30, 32, 45, 74/75, 77, 90, 199, 217/218, etc.
>
> É bem verdade que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso IX, garante a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Até que ponto, entretanto, escudado nessa liberdade de expressão pode alguém invadir a intimidade alheia, conspurcar a sua imagem ou dela tirar proveito econômico? Tenho como certo que o limite é encontrado no próprio texto constitucional, tendo em vista que, logo no inciso seguinte (nº X, do artigo 5º), ele garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.
>
> Ensina a melhor doutrina que sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro, atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbítrios. Assim, se o direito à livre expressão da atividade intelectual se contrapõe ao direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como conseqüência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro.
>
> À luz destes princípios, pondera o insigne Carlos Alberto Bittar que na divulgação da imagem é vedada qualquer ação que importe em lesão à honra, à reputação, ao decoro (ou à chamada imagem moral ou conceitual), à intimidade e a outros valores da pessoa (uso torpe)... Não são permitidas, pois, quaisquer operações que redundem em sacrifício desses valores, que receberão sancionamento em conformidade com o bem violado e nos níveis possíveis (*Os direitos da personalidade*, Forense Universitária, 1988, p. 90/91).
>
> O direito à privacidade, por seu turno, segundo doutrina da Suprema Corte dos Estados Unidos universalmente aceita, é o direito que toda pessoa tem de estar só, de ser deixada em paz e de tomar sozinha as decisões na esfera de sua privacidade. O ponto nodal desse direito, na precisa lição do já citado Carlos Alberto Bittar, encontra-se na exigência de isolamento mental ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Limita-se, com esse direito, o quanto possível, a inserção de estranho na esfera privada ou íntima da pessoa. São elementos: a vida privada, o lar, a família, etc... No campo do direito à intimidade são protegidos, dentre outros, os seguintes bens: confidências, informes de ordem pessoal, recordações pessoais, memórias, relações familiares, vida amorosa ou conjugal, saúde física ou mental, afeições, atividades domésticas, etc. Esse direito, conclui, reveste-se das conotações fundamentais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar a sua condição de direito negativo, ou seja, expresso exatamente pela não-exposição a conhecimento de terceiro de elementos particulares da esfera

reservada do titular. Nesse sentido, pode-se acentuar que consiste no direito de impedir o acesso a terceiros nos domínios da confidencialidade (obra citada, p. 103/104).

Costuma-se ressalvar, no tocante à inviolabilidade da intimidade, a pessoa dotada da notoriedade, principalmente quando exerce vida pública. Fala-se então nos chamados "direito à informação e direito à história" a título de justificar a revelação de fatos de interesse público, independentemente da anuência da pessoa envolvida. Entende-se que, nesse caso, existe redução espontânea dos limites da privacidade (como ocorre com os políticos, atletas, artistas e outros que se mantêm em contato com o público). Mas o limite da confidencialidade persiste preservado; sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar, etc, não é lícita a divulgação sem o consentimento do interessado.

E assim é, segundo essa mesma doutrina, porque a vida dessas pessoas compreende um aspecto voltado para o exterior e outro voltado para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, todavia, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição.

Dir-se-á a esta altura: mas Garrincha já morreu, e a morte extingue a personalidade, e com ela a honra, a imagem, a intimidade, etc., por se tratar de bens personalíssimos. O morto não é sujeito de direito, mormente personalíssimo. Tenha-se em conta, todavia, que o Código Penal pune a calúnia contra os mortos (art. 138, § 2º), sendo ainda certo que a Lei de Imprensa vai ainda além no seu artigo 24, punindo não só a calúnia contra os mortos, mas também a injúria e a difamação.

Como se vê, mesmo depois da morte, a memória, a imagem, a honra e a intimidade das pessoas continuam a merecer a tutela da lei. Essa proteção é feita em benefício dos parentes dos mortos para se evitarem os danos reflexos que podem sofrer em decorrência da injusta agressão moral a um membro da família já falecido. Assim, como a morte do chefe da família acarreta dano material reflexo aos seus dependentes, por ficarem sem o sustento, a ofensa aos mortos atinge também reflexamente a honra, a imagem, a reputação dos seus familiares sobreviventes.

Quem gostaria que fosse divulgado que é filho de um beberrão, de um irresponsável e mulherengo? Quem não se empenharia em impedir que a memória do seu falecido pai fosse assim conspurcada?

Se a honradez ou a boa fama de um nosso antepassado reflete sua luz benéfica sobre o nosso nome e a lembrança da honorabilidade dele constitui um prestígio para nós no seio da sociedade, de modo que a sua boa fama se torna um direito nosso, o descrédito lançado sobre a memória de um nosso parente morto projeta igualmente sobre nós sua sombra funesta e de certo modo nos comunica o mesmo desdouro, vexando-nos e diminuindo o nosso valor moral. O respeito aos mortos outra coisa não é que o respeito à integridade moral dos seus descendentes e a consideração que desfrutam junta à sociedade. O direito violado pela ofensa aos mortos é, portanto, um verdadeiro e próprio direito que reside na pessoa dos seus parentes supérstites.

Há um último aspecto a ser destacado. Garrincha morreu pobre, nada deixou de herança à sua numerosa prole, a não ser seu nome, a sua lembrança, a sua imagem. Além do aspecto moral até aqui ressaltado, essa imagem, se tem algum valor econômico, pertence aos seus herdeiros, cabendo a eles, e só a eles, o direito de explorá-la. Entender de outra forma é admitir a apropriação indébita desse patrimônio dos herdeiros de Garrincha. Importa então em dizer que exploração econômica do nome, imagem e fama de Mané Garrincha, quer através de livros, quer de filmes ou outra forma qualquer, depende da expressa autorização dos seus herdeiros. Essa foi a única herança deixada por Garrincha, e a Justiça não pode permitir que terceiros dela se apropriem em detrimento de sua prole (f. 611/615).

Verifica-se, assim, terem as autoras sofrido danos morais que reclamam indenização, os quais, pelas peculiaridades da espécie, estipulo no valor correspondente a cem salários mínimos para cada uma.

É nesses termos que conheço parcialmente deste primeiro recurso especial das autoras e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento.

03. Aprecio, por fim, o recurso especial da ré, e o faço valendo-me, pela falta de erudição equivalente, do judicioso voto do ilustre Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, de onde extraio os seguintes trechos:

A matéria que se coloca no presente recurso envolve basicamente os direitos da personalidade. Consiste em saber se são ou não sempre intransmissíveis ou se há, em certas situações, transmissibilidade de direitos.

Ninguém desconhece que os direitos da personalidade extinguem-se com a morte, o que os torna física e juridicamente intransmissíveis. Mas não se pode igualmente desconhecer que a personalidade das pessoas famosas projeta efeitos jurídicos para além da morte e que afetam os seus sucessores. É o que ocorre, por exemplo, com pessoas já falecidas cuja imagem continua sendo explorada comercialmente através de filmes, vídeos, fotografias, publicidade, livros, memórias, biografias, etc. Os efeitos econômicos daí decorrentes incorporam-se ao patrimônio dos herdeiros do falecido e só por eles podem ser comercialmente explorados.

O mesmo pode ocorrer quanto aos efeitos morais. Os ataques e ofensas à memória do morto são ofensas aos seus parentes próximos, causando-lhes sofrimento e revolta. Dessa forma, os parentes próximos de pessoas famosas falecidas passam a ter um direito próprio, distinto dos direitos de que era titular o *de cujus*, que os ligitima para, por direito próprio, pleitearem indenização em juízo.

Tal é a espécie dos autos, porquanto as autoras pleiteiam indenização, por direito próprio, por danos materiais e morais que alegam ter sofrido pela publicação não autorizada da biografia do seu falecido pai. Como atleta famoso do futebol, a imagem, o nome e os feitos do biografado projetaram efeitos patrimoniais para além de sua morte, que se incorporaram ao patrimônio das autoras.

O novo Código Civil, atento aos princípios constitucionais e a toda legislação esparsa em nosso ordenamento jurídico relativos a esta matéria, disciplina os direitos da personalidade em seus arts. 11/21. Em seu art. 11 estabelece, após ressalvar casos previstos em lei, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade. Prevê, todavia, no parágrafo único do art. 12, que qualquer ameaça ou lesão a esse direito gera perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei e, em se tratando de morto, como no caso presente, os herdeiros indicados e o cônjuge são legitimados para buscar o ressarcimento ou a indenização decorrente de lesão.

Concernente ao mérito, cumpre assinalar que a biografia de uma pessoa relata fatos relacionados com o seu nome, imagem, intimidade e outros aspectos vinculados aos direitos da personalidade. Sendo assim, e à luz dos princípios acima expostos, é forçoso concluir que terceiros não podem se apropriar desses direitos e publicar obra biográfica de pessoa já falecida sem a autorização dos herdeiros, por mais erudita que seja a obra e nobres os seus propósitos.

O exercício da livre manifestação do pensamento, da expressão intelectual e da profissão não autoriza a apropriação dos direitos de outrem para fins comerciais e de lucro, por se encontrar isso fora do direito de informar. Configura locupletamento sem causa explorar comercialmente a popularidade do biografado sem autorização de quem de direito ou sem lhe dar a devida participação.

De forma ainda mais explícita, em seu art. 20 e seu parágrafo único, o novo Código Civil prevê a prévia autorização para a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, pena de render ensejo a indenização, ocorrendo lesão à honra e à boa forma ou respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Destaca, em seu parágrafo único, que, em se tratando de morto, o caso presente, são partes legítimas para requerer a proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Diante do acima exposto, embora não tenha entrado em vigor o novo Código Civil, revelam as normas atinentes ao direito da personalidade o pensamento jurídico extraído das esparsas normas legais hoje existentes e em vigor em nosso País, bem como da doutrina e da jurisprudência. No julgamento do Recurso Especial nº 268.660-RJ, interposto contra acórdão de minha relatoria prolatado na Apelação Cível nº 8.250/97, a Quarta Turma do STJ, Relator o Min. Cesar Asfor Rocha, assim se pronunciou sobre questão idêntica: 'Vê-se, assim, ser certo que os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima dela, como sentenciou Ariosto. Daí por que não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem da sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem do falecido filho,

como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer gesto que possa lhes trazer máculas. Daí por que têm eles legitimidade ativa para postular reparação por ofensas morais feitas à imagem de seus filhos, o que digo apenas de passagem, já que o dano moral não foi aqui reconhecido e nem está mais sendo questionado. Ora, se é assim, com razão maior se dá quando se cuida de buscar indenização pela ocorrência de dano material, por veiculação indevida e desautorizada da imagem da filha falecida pois a mãe também postula por direito próprio na condição de sua sucessora'.

A prévia autorização é um mecanismo protetor e permite garantir aos herdeiros a justa remuneração do correspondente uso da imagem e da exploração comercial da obra de biografia, evitando que terceiro sem título jurídico algum obtenha ganhos remuneratórios.

Dessarte, a prévia autorização dos herdeiros de Garrincha para a exploração comercial de sua biografia era medida indispensável, certo que o v. acórdão centra o seu fundamento como razão de decidir nesse ponto essencial, destacando que a ilicitude, que gera o direito a indenização do dano material, foi a publicação não autorizada, e, se correto afirmar que os direitos da personalidade são intransmissíveis, nem por isso deixam de merecer proteção em favor de familiares próximos. Não há nenhum reparo a ser feito no v. acórdão, estando em perfeita sintonia com os princípios legais encontrados em nosso ordenamento jurídico, inclusive a transmissibilidade dos direitos contemplados nos incisos I a IV do art. 24 da Lei 9.610/98, que são da personalidade (f. 557/560).

Quanto à compensação dos honorários, observo que esta Quarta Turma tem entendido que, em ação de reparação de danos morais, sendo os honorários advocatícios fixados sobre o valor da condenação, o acolhimento parcial do valor da indenização postulado na inicial, do que decorre diminuição do quanto ali requerido, já importa em que os honorários sejam tidos como distribuídos e compensados.

Com efeito, conheço do recurso da ré pelo dissídio, mas para lhe negar provimento.

04. Diante de tais pressupostos, dos recursos das autoras, do primeiro conheço parcialmente e, nessa parte, dou parcial provimento, não conhecendo do segundo; e do recurso da ré conheço pelo dissídio, para negar-lhe provimento, em face do que a ação é julgada parcialmente procedente para, reconhecendo a ocorrência de danos materiais e morais, condenar a ré a pagar às autoras as indenizações, a título de dano moral, no valor correspondente a cem salários mínimos para cada uma, com incidência de juros de mora de seis por cento ao ano desde a data do lançamento do livro, e, a título de dano material, no valor correspondente a cinco por cento sobre o total do preço do livro a ser apurado em liquidação, com juros de seis por cento ao ano contados a partir da citação, já que este ponto não foi atacado por via de embargos infringentes, ocorrendo a preclusão.

**Voto**

*O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Presidente*) - Srs. Ministros, também estou de acordo com o Sr. Ministro Relator. Entendo que é devido dano moral, sem dúvida nenhuma, e creio que é muito razoável que se compreenda que um ataque ao pai ou à mãe já falecidos fere um direito dos filhos. Isso é tão óbvio, que dispensa maiores justificativas a respeito.

Por isso, acompanho o eminente Relator, e, também, em relação ao valor do dano moral, em função dos parâmetros que têm sido aqui observados em vários precedentes. Quanto ao recurso da ré, dele também conheço, mas nego-lhe provimento.

Subprocurador-Geral da República, Sr. Dr. Washington Bolívar de Britto Júnior

**Certidão**

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, seguido dos votos dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, conhecendo em parte do primeiro recurso especial dos autores e, nessa parte, dando-lhe parcial provimento, não

conhecendo do segundo recurso especial das autoras e conhecendo do recurso especial da ré, mas negando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Aguarda o Sr. Ministro Barros Monteiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 18 de setembro de 2003. - *Claudia Austregésilo de Athayde Beck* - Secretária.

**Certidão**

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, ante a aposentadoria do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e o afastamento do Sr. Ministro Barros Monteiro, que eram os votos faltantes, a Turma decidiu dar por encerrado o julgamento deste processo, uma vez que já está aperfeiçoado pela maioria; portanto, a Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do primeiro recurso especial, o dos autores e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento; não conheceu do segundo recurso especial, o das autoras; conheceu do recurso especial da ré e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 16 de fevereiro de 2006. - *Claudia Austregésilo de Athayde Beck* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 20.03.2006.)

-:::-

**PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - POSSIBILIDADE - REQUISITOS**

**- 1. A medida cautelar de competência originária do STJ tem como finalidade dar efeito suspensivo a recurso especial interposto, se caracterizados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.**

**- 2. Compete ao Tribunal de origem a apreciação de pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de admissibilidade. Incidência dos Verbetes Sumulares n$^{os}$ 634 e 635 do STF (Súmula 634 - "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem" ; Súmula 635 - "Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade").**

**- 3. Em casos excepcionais, o eg. STJ tem deferido efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto, com o escopo de evitar teratologias, ou, ainda, obstar os efeitos de decisão contrária à jurisprudência pacífica desta colenda Corte Superior, em hipóteses em que demonstrado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.**

**- 4. *In casu*, o *fumus boni iuris* a amparar a tese da requerente consubstancia-se a toda evidencia na jurisprudência dominante deste eg. Tribunal, em vista do julgamento do EREsp 456.650, no qual a colenda Primeira Seção externou entendimento pela não-incidência do ICMS sobre serviços de provedores de acesso à Internet.**

**- 5. Outrossim, o *periculum in mora* reside no fato de que o aparelhamento para emitir notas fiscais para tributo considerado inexigível pelo eg. STJ impõe o dispêndio injusto de vultosa soma, consoante descrito na inicial.**

**- 6. Deveras, a desnecessidade de emissão de notas fiscais não alcança eventuais atividades que escapem à de provedoria da internet, sujeitando-se a requerente, quanto a essas, à investida da Administração Tributária.**

**- 7. Medida cautelar deferida.**

MEDIDA CAUTELAR Nº 10.388-SP - Relator: Ministro LUIZ FUX

Requerente: Universo Online S.A. Advogados: Marcos Joaquim Gonçalves Alves e outros. Requerida: Fazenda do Estado de São Paulo. Procuradores: Sônia Maria de Oliveira Pirajá e outros.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir a medida cautelar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 2 de fevereiro de 2006 (data do julgamento). - *Ministro Luiz Fux* - Presidente e Relator.

**Relatório**

*O Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux (Relator*) - Trata-se de medida cautelar proposta por Universo Online S.A. visando a conferir efeito suspensivo a acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra a autora haver ajuizado medida cautelar perante a 12ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo visando à concessão de medida liminar que lhe assegurasse o direito de não sofrer atos de constrição por parte do Fisco estadual, em razão de deixar de emitir, imprimir e postar notas fiscais de serviços de comunicação a cada um de seus respectivos assinantes.

A liminar foi deferida em primeiro grau, o que ensejou requerimento de suspensão de segurança, concedida pelo eg. Tribunal *a quo*.

Argumenta a ora requerente inexistir, *in casu*, qualquer fundamento que autorize a suspensão de segurança em questão. Assevera, outrossim,

> que não pode a requerente aguardar a prolação do acórdão respectivo e a apresentação do competente recurso especial, o qual, ainda será submetido a juízo de admissibilidade, para, então, propor a medida cautelar que ora se ajuíza, uma vez que sofrerá atos de constrição por parte da Administração Fazendária, já que não mais possui o provimento jurisdicional que a autorizava a não cumprir com as obrigações acessórias relativas ao ICMS (f. 04).

Com esses fundamentos, pretende interpor recurso especial.

Assinala que o eg. STJ, por sua colenda Primeira Seção, pacificou o entendimento segundo o qual não incide o ICMS sobre serviços de provedores da internet (EResp 456.650). Conclui que, "se este eg. Tribunal entendeu por bem que não incide ICMS sobre atividade de provimento de acesso à internet (obrigação principal), não há que se falar em obrigação acessória." (f. 06).

Assim, entendendo demonstrados os requisitos autorizadores da concessão da medida, pleiteia o deferimento liminar da cautela, suspendendo-se os efeitos do v. aresto hostilizado.

O pleito liminar, inicialmente indeferido, foi concedido em sede de juízo de retratação.

Regularmente citada, a ora requerida ofereceu contestação, em sede da qual pugna pela extinção do presente feito, ante a existência de

litispendência, porquanto há inúmeras ações intentadas pela empresa ora requerente objetivando o afastamento da cobrança do ICMS sobre os serviços que presta.

É o relatório.

**Voto**

*O Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux (Relator*) - Assiste razão à requerente.

Consoante manifestação lançada pelo Ministro José Arnaldo na MC nº 4.275/RS:

> O Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, tem conferido efeito suspensivo a recurso que não o tem, com vistas a evitar dano irreparável ou de difícil reparação à parte, mesmo que ainda não tenha lançado juízo de sua admissibilidade, em homenagem aos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, desde que presentes os pressupostos do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

A orientação jurisprudencial, recentemente, vem-se firmando

> no sentido de que somente se mostra possível o exame da cautelar, na Corte, quando já interposto e admitido o recurso no tribunal de origem (STJ - 4ª Turma, Med. Caut. 15/PR - AgRg, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; 3ª Turma, Med. Caut. 522/PB - AgRg, Rel. Min. Costa Leite, in *CPC* - Theotonio Negrão. 30. ed. Nota 3 ao art. 288 do RI/STJ, p. 1691-1692). (MC nº 4.275/RS, *DJ* de 24.10.2001).

Nesse sentido, confiram-se, ainda:

> AgRMC 6225/MG - Agravo Regimental na Medida Cautelar 2003/0033166-9 - Fonte: *DJ* - Data: 13.10.2003, p. 374 - Relator Min. Jorge Scartezzini (1113)
> Ementa: Processo civil. Administrativo. Medida cautelar. Agravo regimental. Efeito suspensivo. Recurso especial ainda não admitido. Indeferimento liminar do pedido, com sua extinção, sem apreciação do mérito. Art. 267, VI, do CPC. Atribuição do Relator. Art. 34, XVIII, RISTJ. Incompetência do STJ. Inadequação procedimental. Falta de interesse processual. Desprovimento.
> - 1 - Conforme entendimento consolidado nesta Turma, na esteira de cultos precedentes do Plenário do Pretório Excelso, a competência para analisar eventual medida cautelar em recurso especial, ainda não admitido pelo Tribunal *a quo*, é do Presidente daquela Corte, e não deste Tribunal Superior. Isto porque, hipoteticamente, poder-se-ia incorrer na esdrúxula situação de ter um recurso não admitido, porém, com efeito suspensivo pleno, já que a não-admissão, por si só, não tem o condão de reformar a concessão da cautelar dada por Tribunal hierarquicamente superior (cf. STF, AGRPet nº 1.189/MG, Rel. Ministro Moreira Alves).
> - 2 - Precedentes (STF, MC nº 2.142/MG e STJ, AG. Reg. MC nºs 6.073/RS, 5.413/RS, 5.871/DF e 5.399/SP).
> - 3 - Outrossim, consoante art. 34, XVIII, do RISTJ, é atribuição do Relator negar seguimento a pedido, quando manifesta a incompetência deste Colegiado para apreciá-lo. Logo, a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual para agir. Inteligência do art. 267, VI, do CPC.
> - 4 - Agravo regimental desprovido.
>
> AgRMC 6403/RJ - Agravo Regimental na Medida Cautelar 2003/0062754-5 - Fonte: DJ - Data: 22.09.2003, p. 3.840 - Relator Min. Hamilton Carvalhido (1112)
> Ementa: Agravo regimental. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal *a quo*. Impossibilidade.
> - 1. A atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, perseguida em cautelar incidental, além da satisfação cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, depende do juízo positivo de admissibilidade emanado do Tribunal *a quo*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.
> - 2. Agravo regimental improvido.

Assinale-se que o recurso especial a que se pretende seja conferido efeito suspensivo nem sequer foi interposto, circunstância que atrai a incidência dos recentíssimos Verbetes Sumulares nºs 634 e 635, do STF, *verbis*:

> Súmula 634 - Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

> Súmula 635 - Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Entretanto, em casos excepcionais, o eg. STJ tem deferido efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto, com o escopo de evitar teratologias, ou, ainda, obstar os efeitos de decisão contrária à jurisprudência pacífica desta colenda Corte Superior, em hipóteses em que demonstrado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

*In casu*, o *fumus boni iuris* a amparar a tese da requerente consubstancia-se a toda evidencia na jurisprudência dominante deste eg. Tribunal, em vista do julgamento do EREsp 456.650, no qual a colenda Primeira Seção externou entendimento pela não-incidência do ICMS sobre serviços de provedores de acesso à internet.

Outrossim, o *periculum in mora* reside no fato de que o aparelhamento para emitir notas fiscais para tributo considerado inexigível pelo eg. STJ impõe o dispêndio injusto de vultosa soma, consoante descrito na inicial. Deveras, a desnecessidade de emissão de notas fiscais não alcança eventuais atividades que escapem à de provedoria da internet, sujeitando-se a requerente, quanto a essas, à investida da Administração Tributária.

Com essas considerações, defiro a medida cautelar.

**Certidão**

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deferiu a medida cautelar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 2 de fevereiro de 2006. - *Maria do Socorro Melo* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 20.02.2006.)

-:::-

**PENAL E PROCESSUAL PENAL - RECURSO ESPECIAL - ART. 155, § 4º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL - RECURSO EXCLUSIVO DA ACUSAÇÃO - *REFORMATIO IN MELIUS* - AMPLA DEVOLUTIVIDADE DA APELAÇÃO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE DO ROUBO COM CONCURSO DE AGENTES - IMPOSSIBILIDADE - FURTO PRATICADO CONTRA DIFERENTES VÍTIMAS - CONCURSO FORMAL - PENA AQUÉM DO MÍNIMO - ATENUANTES - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 231-STJ**

**I - A interposição do recurso de apelação enseja a devolução de todas as matérias discutidas em primeiro grau à apreciação do tribunal, não merecendo censura a aplicação do instituto da *reformatio in melius* pelo acórdão guerreado, em razão de ilegalidades constatadas na sentença condenatória. (Precedentes.)**

**II - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP. (Precedentes.)**

**III - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (art. 4º da LICC).**

**IV - Crime de furto, praticado no mesmo contexto fático, contra vítimas diferentes, constitui concurso ideal. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ.)**

**V - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes. (Precedentes e Súmula nº 231 - STJ.)**

RECURSO ESPECIAL Nº 728.004-RS - Relator: Ministro FELIX FISCHER

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Paulo Ferreira Teixeira. Advogada: Cleomir de Oliveira Carrao - Defensora pública.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 6 de abril de 2006 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Relator.

**Relatório**

*O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer* - Trata-se de recurso especial interposto pelo *Parquet*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da *Lex Fundamentalis*, contra v. julgado proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual se argumenta, a par de divergência jurisprudencial, violação ao art. 70 e ao art. 155, § 4º, inciso IV, ambos do Código Penal.

Depreende-se dos autos que o ora recorrido foi condenado, juntamente com outros coréus, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inciso IV, c/c o art. 29, § 1º, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, bem como ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Irresignada, recorreu a acusação. A col. Quinta Câmara Criminal do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao apelo ministerial e reformou, de ofício, a sentença, reduzindo a pena para 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantidas a substituição e as demais cominações impostas na sentença. Diz a ementa do julgado:

> Furto qualificado pelo concurso de agentes. Crime único. - A hipótese não comporta o reconhecimento do concurso formal de crimes.
> Pena. Dosimetria. Participação de menor importância. Circunstância que reduz a pena, a teor do art. 29, § 1º, do Código Penal. Confissão espontânea e menoridade. Pena aquém do mínimo. As atenuantes de confissão espontânea e menoridade devem ser observadas, mesmo que levem a pena para aquém do mínimo. Concurso de agentes. Isonomia. Por isonomia ao roubo, ao furto qualificado pelo concurso de agentes deve-se aplicar a pena-base do furto simples com o acréscimo de 1/3 a metade. - Apelo ministerial improvido. *Reformatio in melius* da sentença para redimensionar a pena de reclusão e de multa (f. 183).

Daí o presente recurso especial, em que o *Parquet* argumenta: a) violação ao art. 155, § 4º, inciso IV, do CP e dissídio jurisprudencial, sustentando que ao furto qualificado pelo concurso de agentes não se aplica analogicamente a pena do furto simples em conjunto com a majorante do art. 157, § 2º, inciso II, do CP; b) divergência jurisprudencial em relação à possibilidade de aplicação do instituto da *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação; c) violação ao art. 70, segunda parte, do CP, pugnando pela aplicação da regra do concurso formal impróprio ao caso em tela, em razão da pluralidade de vítimas do furto; e d) dissídio entre o v. acórdão do eg. Tribunal *a quo* e a jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça a respeito da possibilidade de fixação da pena-base em patamar abaixo do mínimo legal pela incidência de atenuantes.

Contra-razões às f. 225/232.

Admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte (f. 234/235).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às f. 242/246, se manifestou pelo conhecimento parcial e, nessa parte, pelo parcial provimento do reclamo em parecer assim ementado:

> Recurso especial penal. Furto qualificado pelo concurso de pessoas. Concurso formal. Ocorrência. Reexame do conjunto fático probatório. Súmula nº 07 do STJ.
> 1. Inadmissibilidade de aplicação analógica da norma contida no art. 157, § 2º, II, do Código Penal ao crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas.
> 2. A análise do não-reconhecimento do concurso formal requer o reexame aprofundado de provas, o que encontra óbice na Súmula nº 07 deste Superior Tribunal de Justiça.
> 3. Dissídio não comprovado, nos termos do art. 255, § 2º, do RI deste egrégio Superior Tribunal de Justiça.
> 4. Pelo conhecimento parcial do recurso pela letra *a* e pelo não-conhecimento pelo dissídio (f. 242).

É o relatório.

**Voto**

*O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer* - Sustenta o recorrente, em síntese: a) que ao furto qualificado pelo concurso de agentes não se aplica analogicamente a pena do furto simples em conjunto com a majorante do art. 157, § 2º, inciso II, do CP; b) que não se pode aplicar o instituto da *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação; c) que deve ser aplicada ao caso a regra do concurso formal impróprio, em razão da pluralidade de vítimas do furto; e d) que a pena-base não poderia ser fixada em patamar abaixo do mínimo legal pela incidência de atenuantes.

Inicialmente, é de se entender que não assiste razão ao recorrente quanto ao alegado no segundo tópico, no sentido de que não se pode aplicar o instituto da *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação.

Com efeito, o recurso de apelação, em matéria criminal, tem como uma de suas características a ampla devolutividade da matéria discutida ao juízo *ad quem*, não se vislumbrando, portanto, qualquer violação ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum,* em razão da análise de matérias não alegadas nas razões recursais, desde que não se aplique a *reformatio in pejus*, que é expressamente vedada pelo art. 617 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, a reforma do julgado para melhorar a situação do réu é medida legalmente autorizada, de forma a corrigir ilegalidades ou injustiças em seu desfavor.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

> Criminal. *HC*. Dosimetria. Correção em grau de apelação. Possibilidade. Ampla devolutividade do recurso. Pena pecuniária. Ilegalidade não demonstrada. Ordem denegada.
> I - A apelação é um recurso amplo, porque devolve o conhecimento pleno da matéria impugnada.
> II - O Tribunal estadual é dotado de competência para analisar o *quantum* da pena aplicada, sem que isso configure violação do direito ao duplo grau de jurisdição ou ao contraditório, desde que a argüição relativa a erro na aplicação da pena tenha constado da petição de interposição do recurso.
> III - A pena de multa deve ser fixada atendendo, principalmente, à situação econômica do réu, bem como levando em consideração o *quantum* apropriado indevidamente, circunstâncias estas que restaram analisadas pelo magistrado monocrático no caso dos autos.
> IV - Não há que se falar em nulidade do acórdão por deficiência na fixação da pena de multa, se a mesma foi correta e fundamentadamente dosada, atendendo aos moldes do sistema trifásico de aplicação da pena e da jurisprudência dominante.
> V - Ordem denegada (*HC* 35.580/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 13.12.2004).
>
> *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Condenação em segundo grau de jurisdição. Devolutividade. Exame do acervo probatório. Alegação de inocência. Incabível análise nesta via por requerer acurado exame de provas. Dosimetria da pena. Regime prisional. Lei dos Delitos de Tortura.
> - O Tribunal de Justiça pode, em sede de apelação criminal proposta pelo *Parquet*, tendo em vista o caráter amplamente devolutivo do recurso, reexaminar o conjunto probatório e reformar sentença absolutória a partir de seu entendimento, fundamentado, acerca da materialidade e autoria do delito. *In casu*,

entendeu o Tribunal *a quo* restarem sobejamente comprovados os dois elementos, concluindo, assim, pela condenação.
- Alegação de inocência que não pode ser atestada sem profundo exame do acervo probatório produzido, não se afigurando flagrante e incontroversa nos autos a procedência da referida tese.
- Dosimetria da pena que não apresenta máculas, tendo sido formulada de acordo com os ditames do art. 59 do Código Penal.
- Nos crimes hediondos ou equiparados, o regime prisional previsto é o fechado, descabendo progressão. Preceito legal declarado compatível com a atual Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal (*HC* 69.603).
- Ademais, a Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que 'A Lei nº 9.455/97 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos elencados na Lei nº 8.072/90, em relação aos quais se mantém a vedação à progressão de regime' (EREsp 170.841, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* de 28.02.2000).
- Ordem denegada (*HC* 17.328/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 29.04.2002).

Recurso especial. Penal e processo penal. Roubo. Prescinde de posse tranqüila a coisa roubada com emprego de violência ou grave ameaça. Limites da apelação. Recurso exclusivo da acusação. *Reformatio in melius*. Possibilidade, *in casu*.
- 'Prescinde de posse tranqüila a coisa roubada com emprego de violência ou grave ameaça'. (Precedentes.)
- *A reformatio in melius* é possível quando há exclusiva interposição de recurso por parte da acusação, pretendendo a majoração da pena imposta ao réu, e se constatada a circunstância de flagrante ilegalidade da condenação. (Precedentes.)
- Recurso parcialmente provido (REsp 302.352/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 09.12.2002).

Por outro lado, quanto ao tópico referente à aplicação analógica da majorante do roubo com concurso de agentes no crime de furto qualificado, a pretensão recursal merece ser acolhida.

É bem de ver que o emprego da analogia, *in casu*, pelo eg. Tribunal *a quo* olvidou acerca do disposto no art. 4º da LICC (que seria até despiciendo, porquanto regra fulcral em sede de teoria geral do direito). Não se pode, juridicamente, por analogia, substituir uma qualificadora por uma majorante, por entender que o sistema deva ser diferente.

Dentro do sistema europeu-continental ou romano-germânico, não encontra respaldo jurídico a transformação do legalmente previsto unicamente com base em considerações de *lege ferenda*. Muito menos, com recurso à analogia como se esta pudesse revogar expresso texto legal.

A respeito do tema, destaco os seguintes precedentes:

Penal. Recurso especial. Art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal. Aplicação analógica da majorante do roubo com concurso de agentes. Impossibilidade. Reincidência. Agravante. *Bis in idem*. Inocorrência.
I - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP. (Precedentes.)
II - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (art. 4º da LICC).
III - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.
IV - Fere o disposto no art. 61, inciso I, do CP a rejeição de sua incidência sob pretexto de *bis in idem*, concretamente inocorrente. (Precedentes.)
Recurso provido (REsp 772.099/RS, 5ª Turma, de minha relatoria, *DJU* de 19.12.2005).

Recurso especial. Penal. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Violação ao art. 155, § 4º, inc. IV, do Código Penal reconhecida. Aplicação da causa de aumento de pena prevista para o roubo praticado em concurso de agentes. Inadmissibilidade. Princípio da reserva legal. Pena aquém do mínimo legal. Atenuantes. Impossibilidade. Súmula nº 231 do STJ. Recurso provido.
1. O estatuto repressivo prevê como qualificado o furto cometido por dois ou mais agentes, estabelecendo no § 4º do art. 155 do Código Penal a pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos como limite à resposta penal.
2. Fere o referido dispositivo legal o *decisum* que, em nome dos princípios da proporcionalidade e da isonomia, aplica ao furto qualificado o aumento de pena previsto no § 2º do art. 157

do Código Penal, haja vista que, em obediência ao princípio da reserva legal, não cabe ao julgador criar figuras delitivas ou aplicar penas que o legislador não haja determinado.
3. 'A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal' (Súmula nº 231/STJ).
4. Recurso provido (REsp 755.019/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJU* de 14.11.2005).

Recurso especial. Penal. Furto qualificado. Concurso de agentes. Aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, do Código Penal. Impossibilidade. Provimento.
- O princípio da estrita legalidade, vigente em nosso ordenamento jurídico penal, repudia a aplicação da analogia. Aplica-se a hipótese normativa, não admitindo que se aplique outra norma, relativa a hipótese diversa.
- Havendo previsão normativa de qualificação do crime de furto praticado em concurso de pessoas (CP, art. 155, § 4º, IV), inadmissível é a aplicação por analogia da norma do art. 157, § 2º, II, que trata da causa de aumento de pena no crime de roubo praticado em concurso de pessoas.
- Recurso provido (REsp 684.549/RS, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 09.05.2005).

Criminal. REsp. Furto qualificado. Qualificadora da escalada. Transposição de muro de 1,80 m. Caracterização. Majorante do crime de roubo. Concurso de pessoas. Aplicação ao furto qualificado pela mesma circunstância. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido.
I - A escalada pressupõe a entrada em um local por um meio anormal, exigindo do agente esforço físico incomum, como saltar um muro de 1,80 m de altura, conforme ocorrido *in casu*.
II - A qualificadora da escalada incide contra aquele que não se intimida diante de um obstáculo, demonstrando uma tendência maior do agente em delinqüir.
III - Viola o princípio da legalidade a aplicação da majorante do crime de roubo, resultante do concurso de pessoas, ao crime de furto qualificado pela mesma circunstância.
IV - Tendo o Tribunal *a quo*, apesar de reconhecer a presença da circunstância qualificadora do crime de furto, recorrido aos princípios da proporcionalidade e da isonomia para aplicar dispositivo legal estranho ao fato, assume papel reservado pela Constituição Federal ao parlamento.
V - Como não existe paralelismo entre os incisos I, II e III do § 4º do art. 155 do Código Penal com os demais incisos do § 2º do art. 157 do Estatuto Repressivo, a fórmula aplicada resultaria numa reprimenda diferenciada para indivíduos que cometem furto qualificado naquelas circunstâncias, o que é inconcebível.
VI - Recurso especial conhecido e provido, nos termos do voto do Relator (REsp 680.743/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 09.02.2005).

Em relação ao terceiro tópico - ocorrência de concurso formal impróprio, em razão da pluralidade de vítimas do furto -, procede, igualmente, a pretensão recursal.

Narra a peça acusatória:

No dia 10 de maio de 2002, por volta de 22h30min, na Rua Sarmento Leite, imediações do nº 248, nesta Capital, os denunciados João Roberto Cardoso Carvalho e Paulo Roberto Ferreira Teixeira, em comunhão de esforços com um terceiro indivíduo ainda não identificado, subtraíram, para si, de Renato Veiga de Macedo, um relógio, um isqueiro, seus documentos pessoais, além de R$ 150,00. Nas mesmas condições de tempo e lugar, e da mesma forma, subtraíram, para si, de Rodrigo Raeder, uma carteira contendo, além de documentos pessoais, a importância de R$ 50,00.
Na oportunidade, os acusados e o terceiro indivíduo, não identificado, abordaram as vítimas que caminhavam pela via pública, de forma descuidada, e, rapidamente, subtraíram de seus bolsos os pertences acima arrolados. Paulo Roberto subtraiu os pertences da vítima Renato, enquanto que João Roberto subtraiu a carteira de Rodrigo.
Embora tenham abandonado o local, correndo, os denunciados foram presos, em flagrante, pouco depois, pela autoridade policial.
Houve apreensão da carteira e de objetos pertencentes a Renato. O dinheiro das vítimas, porém, não foi recuperado e, provavelmente, ficou com a pessoa não identificada, que conseguiu se evadir do local.
Assim agindo, os denunciados incorreram nas sanções do art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, razão pela qual o Ministério Público requer as suas citações para interrogatórios e demais atos processuais, até final julgamento.

Requer, de outra banda, as inquirições das pessoas ao final arroladas (f. 02/04).

Para a configuração do concurso formal, com previsão no art. 70 do Código Penal, exige-se que o agente, mediante ação única, pratique dois ou mais crimes. *In casu*, conforme se depreende *prima facie* da análise dos autos, a conduta delituosa dos agentes consistiu contextualmente em uma única ação, atingindo vítimas distintas, a caracterizar o concurso ideal.

O col. Supremo Tribunal Federal já se firmou no sentido de que o crime de roubo, praticado mediante ação contextualmente única, apenas desdobrada, contra vítimas diferentes, constitui concurso ideal. Nesse sentido os seguintes precedentes:

> Competência. *Habeas corpus*. Ato de Tribunal de Alçada Criminal. - Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas corpus* dirigido contra ato de tribunal ainda que não possua a qualificação de superior. Convicção pessoal colocada em segundo plano, em face de atuação em órgão fracionário. Sentença. Fundamentação. Concurso formal. Mostra-se fundamentada a sentença mediante a qual se concluiu pelo concurso formal tendo em vista o fato de o roubo haver sido praticado, em única ação, contra vítimas diversas, das quais foram subtraídos, violentamente, objetos (*HC* 73.514/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 24.05.96).

> Ementa: *Habeas corpus*. Crime de roubo. Concurso formal e crime continuado. *Emendatio libelli*, art. 383 do CPP. Crime tentado e crime consumado: posse do produto do roubo. Reincidência. Medida de segurança: ordem concedida *ex officio*.
> 1. Roubo contra várias vítimas mediante uma só ação e com o mesmo desígnio é caso de concurso formal, e não de crime continuado, como consta da denúncia. O réu deve defender-se dos fatos mencionados na denúncia, e não do tipo e da qualificação penal nela assinalados. *Emendatio libelli*: o juiz pode corrigir o libelo acusatório quando este descreve fato capitulado num crime e o qualifica em outro, art. 383 do CPP.
> 2. Crime tentado e crime consumado: posse do produto do roubo. O roubo se consuma no instante em que a detenção de coisa móvel alheia se transforma em posse mediante a cessação da grave ameaça ou violência a pessoa, sendo irrelevante no direito brasileiro que o ladrão tenha posse tranqüila e possa dispor livremente da *res furtiva*, ou o lapso de tempo em que manteve a posse, ou ainda que tenha saído da esfera de vigilância da vítima. Precedentes: RECr nº 102.490/SP; *HC* nº 70.303/SP. No caso, a recuperação de parte dos bens roubados não transforma crime consumado em crime tentado.
> 3. Reincidência: condenação anterior, transitada em julgado, caracteriza reincidência e influi na dosagem da pena.
> 4. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido.
> 5. Ordem concedida *ex officio* para cancelar a medida de segurança imposta na condenação, porque a nova Parte Geral do Código Penal, Lei nº 7.209, de 11.07.84, eliminou esta medida para os imputáveis, e, sendo a lei nova mais benigna, deve ser esta aplicada ao paciente, art. 2º, parágrafo único, do CP (*HC* 70.550/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, *DJU* de 09.12.94).

> *Habeas corpus*. Código Penal, arts. 157, § 2º, I e II, e 155, § 4º, IV, combinado com o art. 70 e art. 71. Não é admissível continuidade delitiva entre roubo e furto. Firmou o STF, em sessão plenária de 21.05.80, no RECr nº 91.317 (*RTJ* 98/357), que não se configura crime continuado quando há roubo e furto, porque esses delitos, embora da mesma natureza, não são, entretanto, da mesma espécie. Concurso formal, no que concerne ao crime de roubo, visto que duas foram as vítimas. Não houve ilegalidade quanto à pena imposta ao paciente. *Habeas corpus* indeferido (*HC* 70.360/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* de 03.06.94).

> I.Citação-edital. Validade. Conseqüente revelia, que faz incensurável a intimação edital da sentença condenatória, anterior à captura do réu.
> II. Sentença condenatória. Roubo a mão armada, em concurso de agentes (art. 157, § 2º, I e II), que, no mesmo contexto de fato, lese vítimas diferentes, configurando concurso formal, segundo a jurisprudência. Pena corretamente fixada (*HC* 69.449/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 25.09.92).

Revisão criminal. Competência. Concurso formal.
1.Tendo o Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário, apenas qualificado juridicamente os fatos (como reconhecidos nas instâncias ordinárias), para afirmar a caracterização de concurso formal (em vez de crime único), sem qualquer exame de provas ou de matéria de mérito da condenação, não é competente para apreciar pedido de revisão em que se postula absolvição, por ter sido aquela (a condenação) contrária à evidência dos autos. Competência, para isso, do próprio Tribunal prolator da condenação.
2. Conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do pedido de revisão no ponto em que objetiva a desconstituição de seu acórdão para exclusão do concurso formal. Indeferimento, nessa parte, diante da jurisprudência da Corte no sentido de que, se o réu, mediante uma só ação desdobrada em vários atos, pratica crime de roubo contra vítimas diferentes, a hipótese é de concurso formal, e não de crime único.
3. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para se reduzir a apenação, pois, com referência à pena-base, fixada no acórdão da apelação, o Ministério Público se conformara, não sendo possível restaurar, como fez o acórdão no recurso extraordinário, a pena-base maior estabelecida pela sentença.
4. Revisão criminal conhecida, em parte, mas indeferida nesse ponto.
5. Concessão, de oficio, de *habeas corpus* para se reduzir a reprimenda, com extensão aos coréus que se encontram na mesma situação.
6. Devolução dos autos ao tribunal *a quo* para apreciar, como de direito, o pedido revisional de absolvição (RvC 4.734/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* de 27.10.89).

Esta Corte também tem percorrido a mesma linha de entendimento, a saber:

Recurso especial. Direito penal. Roubo com causa de aumento de pena do emprego de arma e do concurso de agentes. Agravante da reincidência. *Ne bis in idem*. Roubo contra vítimas diferentes. Instituição bancária e proprietária de veículo automotor. Hipótese de concurso formal. Recurso provido.
1. Caracterizada a reincidência, de *bis in idem* não há falar, porque não se está punindo o agente duas vezes pelo mesmo fato-crime, mas, sim, considerando a reincidência produzida ou aprofundada pelo novo delito, na perspectiva de sua personalidade, como elemento obviamente influente na resposta penal a ser editada, expressão da reprovação que se lhe faz pelo novo crime praticado.
2. O crime de roubo, praticado no mesmo contexto fático, mediante conduta única, contra vítimas diferentes, configura hipótese de concurso formal, tal como decorre de texto expresso de lei.
3. Recurso provido (REsp 723.568/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU* de 14.11.2005).

Revisão criminal. Roubo qualificado. Concurso formal.
- É competente o Superior Tribunal de Justiça para conhecer, em parte, da súplica, tendo em vista que o concurso formal foi reconhecido por essa Corte, ao prover, em parte, recurso especial aviado pelo Ministério Público contra o acórdão do Tribunal de Alçada Criminal que, provendo parcialmente recurso de apelação do réu, modificou a sentença condenatória em tal segmento.
- É incompetente para rever a decisão quanto ao concurso de agentes, visto que nada decidiu a respeito.
- Os agentes, *in casu*, mediante uma única conduta, subtraíram dinheiro de duas vítimas distintas, dirigindo ameaças a cada uma delas, sendo desimportante que fossem pessoas integrantes de um mesmo núcleo familiar. A ação dos agentes desdobrou-se contra duas pessoas, no cometimento de dois crimes idênticos, que atingiram objetividades jurídicas diversas (patrimônio, liberdade e integridade física) de ambas as vítimas, individualmente. Precedentes do STJ.
- Não evidenciada qualquer das hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, mormente a do inciso I, segunda parte, tendo em vista que a decisão do Superior Tribunal de Justiça apenas fez incidir no caso o comando do art. 70 do Código Penal, indevidamente afastado pelo acórdão da Corte local...
- Pedido parcialmente conhecido e, nessa parte, julgado improcedente (RvCr 717/SP, 3ª Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 14.09.2005).

Criminal. REsp. Roubo qualificado. Concurso formal. Caracterização. Ação única. Vítimas diferentes, ainda que da mesma família. Recurso parcialmente conhecido e provido.
I. Não se conhece do recurso especial pela alínea *c* se o recorrente deixa de juntar certidão ou cópia do acórdão apontado como divergente.

> II. Configura-se concurso formal, quando o agente, mediante uma só ação, pratica crimes de roubo contra vítimas diferentes, ainda que da mesma família, já que caracterizada a violação a patrimônios distintos.
> III. Recurso parcialmente conhecido e provido (REsp 717.984/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 29.08.2005).
>
> Penal. Recurso especial. Roubo. Pena aquém do mínimo. Súmula 231/STJ. Roubo contra várias vítimas e patrimônios diversos. Ação única. Concurso formal.
> I - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula nº 231 - STJ.)
> II - Crime de roubo, praticado no mesmo contexto fático, contra vítimas diferentes, constitui concurso ideal. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ.)
> Recurso provido (REsp 662.999/RS, 5ª Turma, de minha relatoria, *DJU* de 21.02.2005).

Ressalte-se, *in casu*, que o entendimento deve ser o mesmo em relação ao delito de furto dada a identidade de situações no que tange à configuração do concurso formal. No furto perpetrado, assim como nas hipóteses de roubo, por meio de uma só ação são violados diferentes bens jurídicos, consubstanciados nos patrimônios das diferentes vítimas. Impende observar, ademais, a existência de desígnios autônomos, uma vez que os agentes se voltam contra as diferentes vítimas com o dolo de realizar a subtração patrimonial contra cada uma delas, ainda que os múltiplos atos se reúnam em uma mesma ação. Dessarte, constata-se ser caso de aplicação do concurso formal impróprio, previsto no art. 70, segunda parte, do Código Penal.

Quanto ao último tópico da impetração (fixação da pena-base aquém do mínimo com base em atenuante), mais uma vez assiste razão ao recorrente.

A individualização da pena, evidentemente, não existe para deleite do magistrado. Ela é uma obrigação funcional, a ser exercida com critério jurídico pelo juiz e, simultaneamente, uma garantia do réu (*v.g.*, art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna e arts. 381 e 387 do CPP) e da sociedade (*v.g.*, arts. 381 e 387 do CPP). Está, outrossim, vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da *Lex Maxima*). A nossa legislação fornece o critério mencionado na *Lex Fundamentalis* ("a lei regulará a individualização...") que deve ser respeitado e aplicado com a indispensável fundamentação concreta (cf. princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, *ex vi* do art. 93, inciso IX, 2ª parte da Lei Maior e arts. 157, 381, 387 e 617 do CPP). Ninguém, em nenhum grau de jurisdição, pode, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal. O argumento crítico, de carga exclusivamente subjetiva, pessoal, ou, então, o pretenso exercício de "dikeologia" só acarretam, no fundo, neste tópico, imprevisibilidade, incerteza e injustiça.

Em assim sendo, desde a elaboração do Código Penal de 40, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei nº 7.209/84, nunca predominou - nem sequer mereceu destaque - o entendimento de que as agravantes e atenuantes (ao contrário das majorantes e minorantes) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isso, quer seja no sistema bifásico (de Roberto Lyra), quer seja no trifásico (de Nelson Hungria), agora imposto legalmente (*v.g.*, as ensinanças de Hungria, A. Bruno e M. Noronha, por demais conhecidas).

Como se vê, repetindo, dos arts. 59, 67 e 68 do Código Penal, a Lei nº 7.209/84 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado, sob pena de se tornarem os referidos dispositivos mero ornato do Código Penal. Trata-se de uma regulamentação genérica que não fere qualquer princípio ou norma superior e, portanto, inadmite o *circumvenire legem*. Pela sistemática enfocada, a fixação da pena definitiva pode desdobrar-se em três etapas cuja seqüência está evidenciada. A pena-base (e não ponto de partida) é obtida

com as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP). A seguir, em segunda operação, devem incidir as agravantes e as atenuantes (*ex vi* dos arts. 61 a 67 do CP), surgindo, daí, a pena provisória. Esta só se torna definitiva ou final se não houver a aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (majorantes ou minorantes, *ex vi* do art. 68 do CP). Como se vê, *primo ictu oculi*, até *à vol d'oiseau*, o critério é claro, a sua seqüência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos, mas até por uma questão de elementar lógica. Se assim não fosse, inexistindo os parâmetros apontados, teríamos um sistema de ampla indeterminação que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados. Mas o CP em seu art. 59, II, diz: "dos limites previstos". No art. 67, assevera: "do limite indicado". É, cumpre sublinhar, o sistema da indeterminação relativa (*v.g.:* Jair Leonardo Lopes, *in Curso de direito penal*, parte geral, 2 ed., RT, p. 231 e segts.; Damásio E. de Jesus, *in Direito penal*, parte geral, 20. ed., Saraiva: v. 1, p. 579; Heleno C. Fragoso, *in Lições de direito penal*, parte geral, 15 ed., Forense, 1995, p. 339; Álvaro Mayrink da Costa, *in Direito Penal*, parte geral, Forense, 1991; v. 1, tomo 2, p. 539; L. Régis Prado & Cezar Roberto Bitencurt, *in Código Penal anotado*, RT, 1997, p. 327 e 334; Juarez Cirino dos Santos, *in Direito Penal*. *A nova parte geral*., Forense, 1985, p. 250; Maurício Kuehne, *in Teoria e prática da aplicação da pena*, Juruá, 1995 p. 99; e Fernando Galvão, *in Aplicação da Pena*, Ed. Del Rey, 1995, p. 124).

A *quaestio* não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. Primeiro, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do CP, mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? Segundo, admitindo-se, *ad argumentandum*, a redução almejada no recurso especial, qual seria o limite? A pena "zero"? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível concepção unilateral na relação culpabilidade/pena (v., comparativamente, Nilo Batista, *in Introdução crítica ao direito penal* e H. H Jescheck, *in Tratado de derecho*, 4. ed., Granada, 1993, p. 384-386, apresentando a polêmica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo Roxin, Jakobs, A. Kaufmann e Achenbach). Terceiro, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, *data venia*, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de "competição" entre réus ou delinqüentes. Caso contrário, na participação de somenos (art. 29, § 1º, do CP), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, "premiando" o co-réu que tivesse menor participação (o texto, todavia, só diz com a participação ínfima, cf. ensinanças de René A. Dotti, *in Reforma penal brasileira*, Forense, 1988, p. 98-99, e de Jair Leonardo Lopes, *op. cit*., p. 183). Por último, a expressão "sempre atenuam" não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena-base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as agravantes ("que sempre agravam a pena") pudessem levar a pena acima do limite máximo (o outro lado da ampla indeterminação). E isso, como preleciona A. Silva Franco, é incompatível com o princípio da legalidade formal:

> O entendimento de que o legislador de 84 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que apenas, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos 'segundos códigos' do magistrado. Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstâncias acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estes, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se linha divisória inaceitável entre as circunstâncias legais, sem limites punitivos, e as

causas de aumento e de diminuição, com limites determinados, emprestando-se àquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas (FRANCO, A. Silva. *In Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 6. ed., 1997, RT, p. 1.072).

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

Penal. Recurso especial. Roubo majorado. Consumação. Atenuante. Fixação da pena. Súmula nº 231-STJ.
- As atenuantes não podem conduzir a pena-base aquém do mínimo legal previsto para o crime.
- Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a *res furtiva* saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência. (Precedente do colendo Supremo Tribunal Federal - *RTJ* 135/161-192, Sessão Plenária.)
- Incidência da Súmula 231 do STJ.
- Recurso conhecido e provido
(REsp 744.120/RS, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 05.09.2005).

Criminal. REsp. Furto tentado. Consideração de processos em andamento como maus antecedentes. Impossibilidade. Atenuantes da menoridade e da confissão espontânea. Fixação da pena abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula 231/STJ. Pena de multa. Isenção. Violação ao princípio da legalidade. Recurso conhecido e parcialmente provido.
I. O envolvimento em inquéritos diversos e em vários processos ainda em curso não se presta como indicativo de maus antecedentes, no momento da fixação da pena. Precedentes.
II. Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que haja incidência de atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea. Incidência da Súmula 231/STJ.
III. A multa é uma sanção de caráter penal, e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade.
IV. Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída.
V. Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do Relator.
VI. Remessa dos autos ao Tribunal *a quo* para redimensionamento da pena (REsp 722.751/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 29.08.2005).

Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, I, II e V, e art. 61, I, do Código Penal. Agravante. Reincidência. Pena aquém do mínimo. Atenuantes. Processos em curso. Maus antecedentes.
I - Em respeito ao princípio da presunção da inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, para exacerbação da pena-base. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ.)
II - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada. (Precedentes.)
III - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula nº 231 - STJ.)
Recurso parcialmente provido (REsp 730.109/RS, 5ª Turma, de minha relatoria, *DJU* de 1º.08.2005).

Recurso especial. Penal. Roubo. Momento consumativo. Prescindibilidade da posse tranqüila da *res*. Pena-base abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Enunciado nº 231 da súmula desta Corte. Recurso provido.
1. O direito penal brasileiro, ao perfilhar a expressão "subtrair", adotou a teoria da *apprehensio* ou *amotio*, em que o delito de roubo se consuma quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independentemente de a res permanecer sobre a posse tranqüila do agente.
2. A incidência das atenuantes da menoridade não pode conduzir a pena-base aquém do mínimo legal. Enunciado nº 231 da súmula desta Corte.
3. Recurso especial provido para reconhecer a forma consumada e fixar a pena em seu patamar mínimo legal (REsp 735.440/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJU* de 27.06.2005).

Ademais, a *quaestio* está sumulada: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula nº 231-STJ).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para determinar que o eg. Tribunal *a quo* realize novo cálculo da pena privativa de liberdade, aplicando a reprimenda do furto qualificado, na forma do art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, bem como o concurso formal impróprio, na forma do art. 70, segunda parte, do Estatuto Repressivo, vedada a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal em razão da incidência das atenuantes.

É o voto.

**Certidão**

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 6 de abril de 2006. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 15.05.2006.)

-:::-

**CRIMINAL - *HC* - EXECUÇÃO DA PENA - PORTE DE TELEFONE CELULAR E ACESSÓRIOS - FALTA GRAVE - RESOLUÇÃO DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA - PERDA DOS DIAS REMIDOS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM CONCEDIDA**

**- Hipótese em que se alega a ocorrência de violação ao princípio da legalidade a punição do paciente, com a perda dos dias remidos, com fulcro em resolução da Secretaria de Administração Penitenciária que determina ser falta de natureza grave o condenado portar aparelho de telefone celular.**

**- Não se caracteriza como constrangimento ilegal a decretação de perda dos dias remidos pelo Juízo da Execução, quando demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade, *ex vi* do art. 127 da Lei nº 7.210/84. Precedentes.**

**- Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária, ao definir como falta grave o porte de aparelho celular e seus componentes e acessórios, ultrapassou os limites do art. 49 da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que a atuação do Estado deve restringir-se à especificação das faltas leves e médias.**

**- Se a hipótese dos autos não configura falta grave, resta caracterizado o constrangimento ilegal decorrente da decretação da perda dos dias remidos pelo trabalho do paciente. Precedente da Turma.**

**- Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática que decretou a perda dos dias remidos pelo paciente.**

**- Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.**

*HABEAS CORPUS* Nº 45.278-SP - Relator: Ministro GILSON DIPP

Impetrante: Cláudia Barbieri Bombarda - Procuradoria da Assistência Judiciária. Impetrada: Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Celso Aparecido dos Santos (preso).

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator". Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 20 de abril de 2006 (data do julgamento). *Ministro Gilson Dipp* - Relator.

**Relatório**

*Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp* (Relator) - Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Celso Aparecido dos Santos, visando à anulação da decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Araraquara/SP, que ratificou a sanção disciplinar a ele aplicada, em razão da prática de falta grave apurada por comissão de sindicância do estabelecimento prisional.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena total de 21 anos e 05 meses de reclusão, pela prática dos crimes previstos nos arts. 121, § 2º, incisos I e IV, e 155, § 4º, incisos I e IV, c/c o art. 29, *caput*, todos do Código Penal.

No decorrer do cumprimento da pena, foi punido com sanção disciplinar por ter sido encontrado, em sua cela, um telefone celular e um carregador de baterias, ocorrência esta considerada falta grave pela comissão de sindicância.

Diante disso, o Juízo das Execuções determinou a perda dos dias remidos referentes ao trabalho realizado anteriormente à falta disciplinar.

Irresignado, o paciente interpôs agravo em execução perante o Tribunal *a quo*, pendente de julgamento (f. 34).

Na seqüência, impetrou ordem de *habeas corpus*, a qual restou denegada nos termos da seguinte ementa:

> *Habeas corpus* - Porte de celular dentro de presídio - Falta grave - Resolução SAP 113/03 - Perda dos dias remidos - Ausência de constrangimento ilegal - Medida Provisória nº 2.8/02 (art. 7º), que permite aos Estados e ao Distrito Federal legislar de forma específica e suplementar quanto ao regime disciplinar dos presos - Faltas graves elencadas na LEP que podem ser acrescidas de outras - Correta a decisão do Magistrado de primeiro grau - Ordem denegada (f. 68).

Em razões, alega-se que o paciente está submetido a constrangimento legal, pois as situações caracterizadoras de falta grave estão previstas de forma taxativa no art. 50 da Lei de Execuções Penais, não abrangendo a hipótese de posse de aparelho celular e carregador de baterias, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Aduz-se, ainda, que a Resolução nº 113, da Secretaria da Administração Penitenciária - SAP, que contempla a hipótese de falta grave em caso de porte de telefone celular pelo apenado, não possui força de lei.

Ao final, pugna-se pela cassação da decisão do Juízo das Execuções.

Não houve pedido de liminar.

Informações prestadas (f. 33/34).

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação do *writ* (f. 75).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

**Voto**

*Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp* (Relator) - Trata-se de *habeas corpus,* substitutivo de recurso

ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Celso Aparecido dos Santos, visando à anulação da decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Araraquara/SP, que ratificou a sanção disciplinar a ele aplicada, em razão da prática de falta grave apurada por comissão de sindicância do estabelecimento prisional.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena total de 21 anos e 05 meses de reclusão, pela prática dos crimes previstos nos arts. 121, § 2º, incisos I e IV, e 155, § 4º, incisos I e IV, c/c o art. 29, *caput*, todos do Código Penal.

No decorrer do cumprimento da pena, foi punido com sanção disciplinar por ter sido encontrado, em sua cela, um telefone celular e um carregador de baterias, ocorrência esta considerada falta grave pela comissão de sindicância.

Diante disso, o Juízo das Execuções determinou a perda dos dias remidos referentes ao trabalho realizado anteriormente à falta disciplinar.

Irresignado, o paciente interpôs agravo em execução perante o Tribunal *a quo*, pendente de julgamento (f. 34).

Na seqüência, impetrou ordem de *habeas corpus*, a qual restou denegada nos termos da ementa de f. 68.

Em razões, alega-se que o paciente está submetido a constrangimento legal, pois as situações caracterizadoras de falta grave estão previstas de forma taxativa no art. 50 da Lei de Execuções Penais, não abrangendo a hipótese de posse de aparelho celular e carregador de baterias, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Aduz-se, ainda, que a Resolução nº 113, da Secretaria da Administração Penitenciária - SAP, que contempla a hipótese de falta grave em caso de porte de telefone celular pelo apenado, não possui força de lei.

Ao final, pugna-se pela cassação da decisão do Juízo das Execuções.

Merece prosperar a argumentação.

É posicionamento desta Corte que, comprovada a falta grave, cabe ao juízo da execução, obedecendo aos termos legais, decretar a perda dos dias remidos, não se cogitando de qualquer ofensa a direito supostamente adquirido.

Com efeito. A prática de falta grave impõe a revogação do instituto da remição - *ex vi* do art. 127 da Lei 7.210/84.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados desta Corte e do STF:

> Criminal. Recurso especial. Falta grave. Regressão cautelar. Perda dos dias remidos. Art. 127 da LEP. Inexistência de direito adquirido. Recurso provido.
> I - O cometimento de falta grave durante o cumprimento da pena de reclusão em regime semi-aberto justifica a regressão cautelar do regime prisional inicialmente fixado.
> II - Demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve ser decretada a perda dos dias remidos, não se cogitando de qualquer ofensa a direito supostamente adquirido, pois a prática de falta grave impede o deferimento ou enseja a revogação do instituto da remição - *ex vi* do art. 127 da Lei 7.210/84.
> III - Recurso provido, nos termos do voto do Relator (REsp 682.112/SP, de minha Relatoria, *DJ* de 28.02.2005)

> Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Matéria criminal. 3. Cometimento de falta grave pelo preso. Perda dos dias remidos. Possibilidade. 4. Violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Inocorrência. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (AI-AgR 569.917/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 24.02.2006).

Todavia, em recente julgado, esta Turma consignou que a Resolução nº 113, da Secretaria da Administração Penitenciária - SAP, ao definir como falta grave o porte de aparelho celular e seus componentes e

acessórios, ultrapassou os limites do art. 49 da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que a atuação do Estado deve restringir-se à especificação das faltas leves e médias.

Eis o teor do referido dispositivo legal:

> Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

Dessa forma, se a hipótese dos autos não configura falta grave, resta caracterizado constrangimento ilegal decorrente da decretação da perda dos dias remidos pelo trabalho do paciente.

A corroborar tal entendimento, o precedente:

> Penal. *Habeas corpus*. Falta grave. Não-caracterização. Perda dos dias remidos. Conduta prevista em resolução estadual. Impossibilidade. Incompetência da Administração Estadual para definir falta grave.
> I - De acordo com o disposto no art. 49 da LEP: 'As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções'.
> II - Por não se caracterizar a conduta do paciente em falta grave, razão não há para que se decrete a perda dos dias remidos.
> *Writ* concedido (*HC* 46.545/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, *DJ* de 03.04.2006).

Portanto, deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática que decretou a perda dos dias remidos pelo paciente.

Diante do exposto, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

**Certidão**

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 20 de abril de 2006. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 15.05.2006.)

-:::-

**CRIMINAL - *HC* - LOTEAMENTO CLANDESTINO - CRIME AMBIENTAL - CONDENAÇÃO MANTIDA PELO TRIBUNAL *A QUO* - ART. 40 DA LEI Nº 9.605/98 - UNIDADES DE CONSERVAÇÃO - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - FALTA DE JUSTA CAUSA - NÃO-OCORRÊNCIA - DEFINIÇÃO AMPLA - VIGÊNCIA À ÉPOCA DOS FATOS E DA DENÚNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - IMPROPRIEDADE DO *WRIT* - DOSIMETRIA - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS - IMPROCEDÊNCIA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA REPRIMENDA - NÃO-OCORRÊNCIA - PENA DE MULTA - FIXAÇÃO NO MÁXIMO PERMITIDO EM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES - DESPROPORCIONALIDADE EM RELAÇÃO À REPRIMENDA CORPORAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA**

**I - Hipótese na qual os pacientes, condenados pela prática do crime de loteamento clandestino e de crime contra o meio ambiente, alegam falta de justa causa para a ação penal em relação a este, sustentando a atipicidade da conduta praticada por ausência de regulamentação, bem como erro na dosimetria da pena em relação àquele.**

**II - A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.**

**III - A Lei n.º 9.605/98 já trazia no texto original do § 1º do artigo 40 a definição de "Unidades de Conservação".**

**IV - A fim de regulamentar o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII, da Constituição Federal, o legislador originário editou a Lei nº 9.985, de 18.07.2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC).**

**V - Referido diploma legal determinou a divisão das Unidades de Conservação integrantes do SNUC em dois grupos: Unidades de Conservação de Proteção Integral e Unidades de Conservação de Uso Sustentável (arts. 40, § 1º e 40-A, § 1º).**

**VI - O *caput* dos referidos artigos com a nova redação dada pela Lei nº 9.985/00 foi objeto de veto presidencial, de modo que foi mantida a redação original dada pela Lei nº 9.605/98 ao art. 40, *caput*, o qual concede proteção mais ampla às referidas "Unidades de Conservação", nos termos propostos pelo art. 225, § 1º, inciso III, da CF/88.**

**VII - A divisão em dois grupos feita pela nova lei às "Unidades de Conservação" não possui qualquer utilidade para fins penais, já que prevaleceu a sua definição mais abrangente e que mais se coaduna com a ampla proteção visada pelo legislador constitucional.**

**VIII - Revelam-se descabidos os argumentos de falta de regulamentação e de conseqüente atipicidade da conduta dos pacientes, porquanto restou demonstrado na sentença condenatória que a conduta por eles praticada, consubstanciada no loteamento clandestino numa das encostas da Serra da Cantareira/SP, causou dano direto em área de preservação ambiental denominada "Cinturão Verde de São Paulo".**

**IX - A alegação de que a referida área não estaria abrangida por "Unidade de Conservação" não pode ser apreciada na via eleita, uma vez que a aferição de tal argumento demandaria análise do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.**

**X - O Julgador de 1º grau utilizou, como fundamento para a elevação da pena-base acima do mínimo legal, a culpabilidade dos pacientes (dolo que teve por alvo pessoas humildes, leigas e de boa-fé), os motivos do crime (a ganância na divisão da gleba de terra em 1.250 lotes a serem vendidos a 18 mil reais cada), suas condutas sociais (descaso com os Poderes Públicos) e as conseqüências do crime (algumas das vítimas correm o risco de ter suas residências desmoronadas por força da erosão causada pelo loteamento).**

**XI - O dolo intenso, a ganância, o desrespeito para com os Poderes Públicos e os riscos que correm os compradores dos lotes localizados nas terras irregularmente parceladas pelos pacientes constituem um *plus* ao crime de loteamento clandestino, praticado na sua forma qualificada, não sendo, pois, inerentes ao tipo penal.**

**XII - O fato de "estar em marcha" o processo de regularização do loteamento clandestino não retira a ilicitude da conduta dos pacientes, nem demonstra que efetivamente será regularizado, sendo certo, ainda, que a autorização para o loteamento deve ser prévia a qualquer ato concreto praticado pelo "loteador", o que foi absolutamente desconsiderado pelos pacientes.**

**XIII - Ainda que não tenham sido concedidas as liminares na ação civil pública ajuizada contra os pacientes, resta evidente que o Poder Público já questionava a conduta praticada pelos mesmos, os quais, todavia, deram continuidade ao loteamento do solo demonstrando total descaso com a Justiça, mesmo após a instauração de inquérito policial a fim de apurar a suposta prática de crimes.**

**XIV - O *habeas corpus* não é o meio adequado para examinar a alegação de que as moradias construídas nos loteamentos não correm risco de desabamento, visto que tal exame demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos.**

**XV - Deve ser prestigiada a conclusão da sentença condenatória e do acórdão que a manteve, já que suficientemente fundamentada a majoração da pena-base imposta aos réus, não restando caracterizada, portanto, qualquer afronta ao art. 59 do Código Penal.**

**XVI - Para a fixação da pena de multa, considera-se, primeiramente, o disposto no art. 59 do Estatuto Punitivo para o estabelecimento do número de dias-multa, e, em seguida, a situação econômica do sentenciado para determinar o valor de cada dia-multa. Precedente do STJ.**

**XVII - Não obstante o reconhecimento da existência de certa discricionariedade na dosimetria da reprimenda, relativamente à exasperação das penas aplicadas - independentemente de sua natureza, privativa de liberdade ou de multa -, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos, em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.**

**XVIII - Se a pena-base da reprimenda corporal não foi imposta no máximo previsto em lei, tal patamar não pode ser aplicado para a pena de multa.**

**XIX - Evidencia-se, portanto, excessivo rigor e insuficiente fundamentação para a exacerbação do *quantum* dos dias-multa em relação a um dos pacientes, em afronta aos artigos 49 e 59 do Código Penal.**

**XX - A situação econômica do réu, avaliada como abastada na presente hipótese, é considerada para determinar o valor unitário de cada dia-multa, e, nessa parte, não há ilegalidade no aresto impugnado.**

**XXI - Deve ser reformada a sentença condenatória e o acórdão impugnado, tão-somente no tocante à dosimetria da pena de multa aplicada ao paciente Rubens Micael Arakelian, a fim de que outra seja fixada, com a adequada e proporcional fundamentação, conforme já estabelecido para a reprimenda privativa de liberdade, mantida a condenação dos pacientes, à exceção do paciente Dorivaldo Xerfan, que teve reconhecida a extinção da sua punibilidade pelo Tribunal *a quo*.**

**XXII - Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.**

*HABEAS CORPUS* Nº 49.607/SP - Relator: Min. GILSON DIPP

Impetrante: Valdir Vicente Bártoli. Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Dorivaldo Xerfan, Rubens Micael Arakelian e Geneton Bezerra Farias.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal

de Justiça. A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 29 de junho de 2006 (data do julgamento). - *Ministro Gilson Dipp* - Relator.

**Relatório**

*O Sr. Ministro Gilson Dipp* - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento a recurso de apelação interposto em favor de Dorivaldo Xefran, Rubens Micael Arakelian e Geneton Bezerra Farias, tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento das penas impostas na sentença, mantendo suas condenações pela prática dos crimes de loteamento clandestino e contra o meio ambiente.

Consta dos autos que aos 21.02.2000 os pacientes e outros co-réus foram denunciados como incursos nos arts. 50, incisos I e III, e parágrafo único, incisos I e II, c/c art. 51, ambos da Lei nº 6.766/79 (loteamento clandestino), e art. 40, c/c art. 53, ambos da Lei nº 9.605/98, na forma do art. 69 do Código Penal (crime ambiental). O primeiro e terceiro pacientes foram denunciados, ainda, pelo crime previsto no art. 158, § 1º (por cinco vezes), na forma do art. 69, ambos do Código Penal.

Encerrada a fase instrutória, sobreveio sentença proferida pelo Juízo da 29ª Vara Criminal da São Paulo/SP, julgando parcialmente procedente a denúncia para condená-los à pena de 03 anos de reclusão pelo delito de loteamento clandestino, bem como à pena de 04 anos de reclusão em relação ao delito ambiental, a serem cumpridas em regime fechado, absolvendo-os do delito do art. 158, § 1º, do Código Penal, bem como os demais co-réus de todas as imputações.

Irresignados, apelaram a defesa e o Ministério Público, este requerendo a condenação dos demais co-réus e a aplicação da pena máxima aos pacientes, e aquela, preliminarmente, a nulidade do processo e da sentença e a prescrição dos delitos. No mérito, a absolvição dos réus, por ausência de provas, alegando, ainda, violação ao princípio da anterioriedade em relação ao crime ambiental e erro sobre a ilicitude do fato em relação ao crime de loteamento clandestino. Subsidiariamente, pugnou pela desclassificação do crime ambiental para a contravenção penal prevista na Lei nº 4.771/65 e pela redução das penas impostas na sentença.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso do Ministério Público e deu parcial provimento ao da defesa, tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento das penas impostas aos réus na sentença, determinando, após o trânsito em julgado do acórdão, a expedição de mandado de prisão contra eles (f. 191/203).

No presente *writ*, pugna-se, liminarmente, pela suspensão da execução da pena até o julgamento final desta impetração.

No mérito, pela anulação da sentença condenatória em relação ao delito previsto no art. 40 da Lei n.º 9.605/98, sob a alegação de inépcia da denúncia e atipicidade da conduta, bem como, em relação ao delito de loteamento clandestino, apenas na parte relativa à individualização da pena, por deficiência de fundamentação, devendo outra ser proferida com a observância dos limites legais.

Para tanto, aduz-se que a área em que se realizou o loteamento irregular não seria Unidade de Conservação, e, conseqüentemente, Reserva Ecológica, nem ao tempo dos fatos e nem à época do oferecimento da denúncia, porquanto o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e IV, da Constituição Federal foi disciplinado pela Lei nº 9.985, de 18.07.2000, a qual, por sua vez, somente foi regulamentada pelo Decreto nº 4.340, de 22.08.2002.

Sustenta-se que a área onde foi realizado o referido loteamento não seria abrangida por Unidade de Conservação, conforme laudo oficial apresentado pela Superintendência da Polícia

Científica do Instituto de Criminalística da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, e que a única legislação aplicável à época seria a Lei nº 4.771/65 (Código Florestal).

Dessa forma, a conduta atribuída aos pacientes na denúncia seria atípica, por falta do objeto jurídico descrito no art. 40 da Lei nº 9.605/98.

De outro lado, aduz-se a deficiência de fundamentação da sentença quando da individualização da pena, utilizando-se o Julgador de fundamentos intrínsecos ao próprio tipo penal relativamente ao crime de loteamento clandestino para justificar a exasperação da pena.

Por fim, sustenta-se que os pacientes são primários, bem como que o processo de regularização do loteamento irregular está em curso, o que teria sido desconsiderado pelo Tribunal *a quo* no julgamento do recurso de apelação.

Liminar indeferida (f. 155).

Informações prestadas às f. 206/207 pela autoridade apontada coatora, nas quais consta que foram acolhidos os embargos de declaração opostos pelos pacientes contra o acórdão impugnado, reconhecendo-se a atenuante do art. 65, inciso I, do Código Penal, ao paciente Dorivaldo Xerfan, o que resultou na redução das penas a ele aplicadas, e, conseqüentemente, na extinção de sua punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal (art. 107, inciso IV, do CP).

Ainda, nas referidas informações, consta que aos pacientes Rubens e Geneton foi concedido o direito de permanecerem em regime prisional aberto, na modalidade domiciliar, até que surja vaga destinada aos mesmos no regime semi-aberto, sem a necessidade de expedição de mandados de prisão.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (f. 229/232).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

**Voto**

*O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator)* - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento a recurso de apelação interposto em favor de Dorivaldo Xefran, Rubens Micael Arakelian e Geneton Bezerra Farias, tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento das penas impostas na sentença, mantendo suas condenações pela prática dos crimes de loteamento clandestino e contra o meio ambiente.

No presente *writ*, pugna-se, liminarmente, pela suspensão da execução da pena até o julgamento final desta impetração.

No mérito, pela anulação da sentença condenatória em relação ao delito previsto no art. 40 da Lei nº 9.605/98, sob a alegação de inépcia da denúncia e atipicidade da conduta, bem como, em relação ao delito de loteamento clandestino, apenas na parte relativa à individualização da pena, por deficiência de fundamentação, devendo outra ser proferida com a observância dos limites legais.

Para tanto, aduz-se que a área em que se realizou o loteamento irregular não seria Unidade de Conservação, e, conseqüentemente, Reserva Ecológica, nem ao tempo dos fatos e nem à época do oferecimento da denúncia, porquanto o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e IV, da Constituição Federal foi disciplinado pela Lei nº 9.985, de 18.07.2000, a qual, por sua vez, somente foi regulamentada pelo Decreto nº 4.340, de 22.08.2002.

Sustenta-se que a área onde foi realizado o referido loteamento não seria abrangida por Unidade de Conservação, conforme laudo oficial apresentado pela Superintendência da Polícia Científica do Instituto de Criminalística da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, e que a única legislação aplicável à época seria a Lei nº 4.771/65 (Código Florestal).

Dessa forma, a conduta atribuída aos pacientes na denúncia seria atípica, por falta do objeto jurídico descrito no art. 40 da Lei nº 9.605/98.

De outro lado, aduz-se a deficiência de fundamentação da sentença quando da individualização da pena, utilizando-se o Julgador de fundamentos intrínsecos ao próprio tipo penal relativamente ao crime de loteamento clandestino para justificar a exasperação da pena.

Por fim, sustenta-se que os pacientes são primários, bem como que o processo de regularização do loteamento irregular está em curso, o que teria sido desconsiderado pelo Tribunal *a quo* no julgamento do recurso de apelação.

Passo à análise das irresignações.

Inicialmente, diante das informações trazidas aos autos pela autoridade apontada coatora, julgo prejudicada a impetração em relação ao paciente Dorivaldo Xerfan, em razão de ter sido reconhecida pelo Tribunal *a quo* a extinção da sua punibilidade, na modalidade de prescrição da pretensão punitiva do Estado.

No tocante aos pacientes Rubens e Geneton, verifico inicialmente que não merece ser acolhida a alegação de atipicidade da conduta em relação ao delito ambiental pelo qual foram condenados.

Com efeito, o crime ambiental foi assim narrado na exordial acusatória (f. 30/31):

> (...)
> Os denunciados causaram ainda e, deliberadamente, com sua omissão, danos ao meio ambiente. Com as obras de implantação do loteamento, deram causa ao assoreamento das malhas de vários córregos que cortam a região e lagos nas proximidades, aterrando-os por completo, principalmente em razão da inexistência de obras de drenagem. Com as chuvas, partículas do solo - sem proteção da camada de vegetação, retirada para a implantação do loteamento - acabaram se sedimentando nas partes baixas da bacia hidrográfica. Um aterro de detritos orgânicos e entulhos diversos ali se instalou (v. fotografias à f. 162, que mostra o assoreamento de um lago e as de f. 217/220, 226/230).
> A região, na qual se encontra implantado o loteamento, é protegida pela Lei Federal nº 4.771/65 (Código Florestal):
> 'Art. 2º Consideram-se de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
> a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja de 30m, para cursos d'água desde o seu nível de menos de 10m;
> b) ao redor de lagoas, ou reservatórios naturais ou artificiais (...)'.
> 'Art. 19. A exploração de florestas ou de formações sucessoras, tanto de domínio público como de domínio privado, dependerá de aprovação prévia do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, bem como da adoção de técnicas de condução, exploração, reposição floresta e manejo compatíveis com os variados sistemas que a cobertura arbórea forme'.
> Frise-se que a exploração de vegetação de preservação permanente é proibida em quaisquer condições, excetuando-se os casos de utilidade pública ou interesse social (arts. 2º e 3º do Código Florestal).
> Todos os denunciados, assim, com as condutas descritas acima, causaram dano direto à unidade de conservação, considerada área de proteção ambiental, já que o loteamento se encontra inserido numa das encostas da Serra da Cantareira, que, por sua vez, faz pate do 'Cinturão Verde de São Paulo'. Considerada como a maior floresta urbana do mundo, foi reconhecida pela Unesco como 'Patrimônio da Humanidade'.
> Assim dispõe o art. 2º da Lei Estadual nº 898/75:
> 'São declaradas áreas de proteção e, como tais, reservadas, as referentes aos seguintes mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo:
> (...)
> III - reservatórios de Cantareira, no Rio Cabuçu de Baixo, até as barragens no Município de São Paulo'.
> Frise-se, por fim, que os denunciados causaram, quer por ação, quer por omissão deliberada - como acima exposto - a diminuição de águas naturais, com o assoreamento de córregos e lagos e com o seu posterior aterramento.
> (...)
> Pelo exposto, DENUNCIO a V. Exa. Rubens Micael Arakelian, Dorivaldo Xerfan, (...), Geneton Bezerra Farias, (...) como incursos nos arts. 50, incs. I e III, e parágrafo único, inc. I e II, c.c. o art. 51 ambos da Lei nº

6.766/79, e art. 40 c.c. o art. 53, ambos da Lei nº 9.605/98, na forma do art. 69, do C. Penal; (...).

O Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal de São Paulo, por sua vez, acolheu a denúncia e condenou os pacientes pela prática do referido crime ambiental, considerando:

(...)
A materialidade do delito de loteamento clandestino encontra-se fartamente comprovada pelo trabalho técnico realizado às f. 14/63 e 74/75 - dos autos 'apenso II' e fotografias do loteamento às f. 162/174.
O mesmo se diga quanto ao crime contra o meio ambiente, consoante os laudos periciais que bem demonstram os danos causados ao meio natural pela implantação do loteamento (f. 222/239 e 64/73 dos autos 'apenso II') e autos de infração ambiental, todos assinados pelo réu Dorivaldo, que se apresentava às autoridades estaduais como procurador legal do proprietário Rubens (f. 623/624, 729 e 78/85 dos autos 'apenso II').
A autoria,no tocante aos acusados loteadores, é inconteste.
(...)
A tentativa do réu Rubens de elidir sua responsabilidade também pelo dano ambiental, dizendo que 'centenas de pessoas invadiram-na e procederam ao desmatamento da área tal qual se apresenta atualmente' cai por terra, quando analisado o laudo técnico de vistoria elaborado pelo engenheiro florestal, Alexandre P. Cavalcanti, do DEPRN.
Este, em janeiro de 1999, atestou que, da área total da propriedade, que era 366.745,00 m2 ou 36,67ha, houve desmatamento irregular, principalmente nas áreas de preservação permanente, com sua destruição total em 11,52ha, bem como que a área em que os loteadores alegam que houve a invasão abrange 0,3ha, mas o restante do loteamento foi vendido de forma clandestina e intencionalmente, totalizando 1.250 lotes (f. 74/75).
(...)
Por fim, restou sobejamente demonstrado que a conduta destes acusados, Rubens, Dorivaldo e Geneton, foi decisiva para os danos ambientais causados e que se mostraram irreversíveis.
À f. 57 do Apenso II, tem-se que 'as áreas de preservação permanente foram totalmente destruídas, ou seja, os lagos existentes foram aterrados e os cursos d'água estão ocupados em suas margens, sendo parte destes desviados', como se constata através das fotografias de f. 160/163 do mesmo apenso.
O laudo da Secretaria do Meio Ambiente, do Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais - DEPRN -, discrimina com detalhes todos os males causados ao meio ambiente em razão da implantação do loteamento ilegal (f. 65/73 - do Apenso II).
E é a Dr.ª Promotora de Justiça à f. 2.324 - vol. 09, quem destaca, do extenso trabalho pericial compilado, que, '(...) Numa leitura detida do trabalho desenvolvido pela geógrafa Adriana Matrangolo, além de inúmeros danos ao meio ambiente, também ressalta que 'as declividades acentuadas do terreno e a falta de planejamento na distribuição das construções podem contribuir para o aparecimento de processos erosivos, o que certamente compromete corpos d'água a jusante da área, em razão do carreamento de material inconsolidado. Futuramente as próprias residências estarão comprometidas, pois possivelmente poderão ocorrer deslizamentos de terra na época das chuvas' - f. 67'.
Aliás, a constatação técnica da geógrafa é perceptível até mesmo a um leigo, bastando observar as fotografias juntadas às f. 162/174 - vol. 01.
E é esta profissional que atesta ser irreversível o dano ambiental causado: 'a vegetação suprimida e a fauna perdida nessa área são impossíveis de ser repostas com projetos de recuperação de área degradada'.
As testemunhas de defesa em nada alteram o quadro probatório em relação a estes acusados.
As condutas realizadas pelo réu Rubens se ajustam perfeitamente ao tipo penal previsto no artigo 50, incisos I e III, com o reconhecimento da forma qualificada mencionada no parágrafo único, incisos I e II, da Lei 6.766/79.
Referidos tipos penais se aplicam igualmente em relação ao réu Dorivaldo, na condição de mandatário, e de Geneton, que concorreu de forma consciente para a prática dos ilícitos já mencionados.
(...)
Aduz, ainda, que a lei dos crimes ambientais também é inconstitucional porque fere o princípio da reserva legal, ante a expressão 'causar dano indireto' no art. 40, *caput*, da Lei 9.605/98.
Secundária e irrelevante a discussão em torno da expressão contida no mesmo tipo penal em que incursos, porque se imputa aos acusados a prática do crime ambiental pelo fato de terem causado dano direto.

> Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, na obra *Crimes contra a natureza*, definem como dano direto: 'deve-se considerar o efeito negativo produzido nos limites da unidade de conservação, decorrente de ação ou omissão provocada por obra, serviço, atividade ou empreendimento; atinge-a diretamente. E dano indireto, por sua vez, é o efeito negativo provocado no espaço territorial da unidade de conservação, resultante de ação realizada fora de seus limites' (6. ed., RT, p. 125/126).
> Consoante a denúncia formulada contra os acusados, que restou comprovada ao término da instrução criminal, imputa-se aos acusado a prática de dano direto, confira-se: '(...) todos os denunciados, assim, com as condutas descritas acima, causaram dano direto à unidade de conservação, considerada área de proteção ambiental, já que o loteamento se encontra inserido numa das encostas da Serra da Cantareira, que, por sua vez, faz pate do 'Cinturão Verde de São Paulo'. Considerada como a maior floresta urbana do mundo, foi reconhecida pela Unesco como 'Patrimônio da Humanidade' (f. 08).
> (...)
> Isto posto, julgo parcialmente procedente a ação penal que a Justiça Pública moveu contra os acusados, por terem infringido o disposto no artigo 50, incisos I e III, e parágrafo único, incisos I e II, c.c o art. 51, ambos da Lei nº 6.766/79, e artigo 40 c.c. o artigo 53, ambos da Lei nº 9.605/98, na forma do artigo 69 do Código Penal. Condeno Rubens Micael Arakelian à pena de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 100 (cem) vezes o salário mínimo; Dorivaldo Xerfan, à pena de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinqüenta) vezes o salário mínimo; e Geneton Bezerra Farias, à pena de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) vezes o salário mínimo (f. 39, 43/45, 48 e 59).

Verifica-se não haver reparos a serem feitos na sentença acerca da referida condenação pelo crime ambiental.

Não merecem prosperar os argumentos no sentido de que a área em que se realizou o loteamento clandestino não seria "Unidade de Conservação" à época do oferecimento da denúncia (20.01.2000), sob o fundamento de que o art. 225, § 1º, incisos I, II, e III, da Constituição Federal somente teria sido regulamentado em 18.07.2000.

Com efeito. Diversamente do alegado pelo impetrante, a Lei nº 9.605/98 já trazia no texto original do § 1º do artigo 40 a definição de "Unidades de Conservação", conforme se vê da sua redação original:

> Art. 40. Causar dano direito ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.
> § 1º Entende-se por Unidades de Conservação as Reservas Biológicas, Reservas Ecológicas, Estações Ecológicas, Parques Nacionais, Estaduais e Municipais, Florestas Nacionais, Estaduais e Municipais, Áreas de Proteção Ambiental, áreas de Relevante Interesse Ecológico e Reservas Extrativistas ou outras a serem criadas pelo Poder Público.

Todavia, a fim de regulamentar o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, o legislador originário editou a Lei nº 9.985, de 18.07.2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC).

No referido diploma legal, determinou-se a divisão das Unidades de Conservação integrantes do SNUC em dois grupos: Unidades de Conservação de Proteção Integral e Unidades de Conservação de Uso Sustentável.

Assim o fazendo, a referida lei fez constar a definição de ambos os grupos na nova redação dada ao § 1º do art. 40, bem como no § 1º do novo art. 40-A da Lei nº 9.605/98, respectivamente:

> Art. 40 (*caput*)
> § 1º Entende-se por Unidades de Conservação de Proteção Integral as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre.
> Art. 40-A (*caput*)
> § 1º Entende-se por Unidades de Conservação de Uso Sustentável as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural.

Todavia, o *caput* dos referidos artigos, com a nova redação dada pela Lei nº 9.985/00, foi objeto de veto presidencial (Mensagem nº 967, de 18.07.2000), de modo que foi mantida a redação original dada pela Lei nº 9.605/98 ao art. 40, *caput*, o qual concede proteção mais ampla às referidas "Unidades de Conservação", nos termos propostos pelo art. 225, § 1º, inciso III, da CF/88.

Dessa forma, a divisão em dois grupos feita pela nova lei às "Unidades de Conservação" não possui qualquer utilidade para fins penais, já que prevaleceu a sua definição mais abrangente e que mais se coaduna com a ampla proteção visada pelo legislador constitucional.

Sobre a matéria, vale destacar as lições de Luis Regis Prado, in *Direito Penal do Ambiente*, Ed. RT, p. 315/316):

> A criação das Unidades de Conservação, substancialmente impulsionada a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 225, § 1º, III) constitui hoje importante instrumento de prevenção da ocorrência de danos aos ecossistemas.
> Recentemente, a Lei 9.985/2000 (art. 7º, I e II) determinou a divisão das unidades de conservação integrantes do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) em dois grupos, com características específicas: o primeiro é composto pelas Unidades de Proteção Integral (*v.g.*, estação ecológica); o segundo, pelas Unidades de Uso Sustentável (*v.g.*, reserva ecológica).
> Para efeitos jurídico-penais, porém, essa diferenciação é de reduzido significado, pois o *caput* do artigo 40 da Lei 9.605/1998, ainda em vigor, refere-se às Unidades de Conservação em sentido amplo. Isso porque sua nova redação, conforme o artigo 39 da Lei 9.985/2000, acabou sendo vetada. Assim, a descrição típica do artigo em tela não acolhe a distinção feita pelo parágrafo 1º e reiterada pelo artigo 40-A, parágrafo 1º. Aliás, essa interpretação (sistemática/teleológica) é a que mais se coaduna com a finalidade de reforço de tutela presente na lei nova.

Assim, revelam-se descabidos os argumentos de falta de regulamentação e de conseqüente atipicidade da conduta dos pacientes, porquanto restou demonstrado na sentença condenatória que a conduta por eles praticada, consubstanciada no loteamento clandestino numa das encostas da Serra da Cantareira/SP, causou dano direto em área de preservação ambiental denominada "Cinturão Verde de São Paulo".

Outrossim, a alegação de que a referida área não estaria abrangida por "Unidade de Conservação" não pode ser apreciada na via eleita, uma vez que a aferição de tal argumento demandaria análise do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

Com efeito, é sabido que a via estreita do *writ* é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inciso LXVIII).

A configuração de qualquer dessas hipóteses, dessarte, não restou prontamente evidenciada.

Assim, não se mostra adequado o exame da questão acima aduzida, tendo em vista a necessidade de revolvimento do conjunto fático probatório, inviável na via eleita.

A respeito, os precedentes desta Corte:

> Penal. Processo penal. *Habeas corpus*. Desclassificação do crime de latrocínio para homicídio culposo. Impossibilidade. Limites estreitos do *mandamus* que impedem análise probatória. Ordem denegada.
> O *habeas corpus*, remédio constitucional assecuratório do direito de locomoção, mercê de seu rito célere, não comporta o exame de temas que, para o seu deslinde, demandem dilação probatória.
> *In casu*, o pleito é a desclassificação de crime de latrocínio para homicídio culposo, pela via estreita do *writ*, o que requer aprofundado exame do conjunto fático-probatório, inviável na via eleita.
> Ordem denegada (*HC* 41.564/SP - Ministro Paulo Medina - *DJ* de 06.02.2006).

> *Habeas corpus*. Revisão criminal. Latrocínio. Desclassificação para roubo qualificado.

Impossibilidade. Análise de prova: incabimento na via estrita do remédio heróico.
1. Inviável a desconstituição de decisão proferida pelo d. Julgador de 1º grau e mantida pelo Tribunal de origem, em sede de revisão criminal, o que só é possível em casos excepcionais, mediante a demonstração *prima facie* de flagrante ilegalidade.
2. O *habeas corpus* não é a via adequada para desconstituir julgado, notadamente se as provas levadas a juízo, foram devidamente analisadas, submetidas ao crivo do contraditório, por não se prestar ao exame aprofundado do conjunto fático-probatório.
3. Ordem denegada (*HC* 42935 / PR - Ministro Hélio Quaglia Barbosa - *DJ* de 24.10.2005)

Processual penal. *Habeas corpus*. Fraude contra a Previdência Social. Negativa de autoria. Insuficiência de provas. Impropriedade do *writ*.
Não cabe ser examinada em sede de *habeas corpus* alegação de insuficiência de provas para a condenação, em face da vedação ao minucioso exame do material cognitivo colhido no processo. (Precedentes.)
*Writ* não conhecido (*HC* 21.077/RS - Rel. Min. Félix Fischer - *DJ* de 10.06.2002).

Por fim, no tocante à alegada nulidade da sentença condenatória em razão da deficiência de fundamentação quanto à dosimetria das penas do crime de loteamento clandestino, melhor sorte não socorre o impetrante.

Assim consignou a Magistrada singular ao aplicar aos pacientes as penas do referido delito:

(...)
Passo à dosimetria das penas.
Os acusados Rubens, Dorivaldo e Geneton são primários (f. 1325, 1299 e 1225, respectivamente).
Atenta ao preceito sancionador do artigo 50, incisos I e III, e parágrafo único, incisos I e II, c.c. o artigo 51, ambos da Lei nº 6.766/79, e considerando o dolo dos agentes que tiveram por alvo pessoas humildes, leigas e de boa-fé; os motivos do crime que se cingiram à ganância desmedida, haja vista que dividiram a gleba em 1.250 lotes que foram vendidos a R$ 18.000,00 cada um; a conduta dos acusados, que demonstram total descaso para com os Poderes Públicos, vez que não se contiveram diante da ação civil pública proposta no ano de 1996, do inquérito policial instaurado no ano de 1998 e mesmo após a busca e apreensão de todo o material existente no escritório da associação, que inclusive foi fechado, decorridas duas semanas já se encontrava em franco funcionamento; bem ainda das conseqüências do crime para algumas das vítimas cujas residências correm o risco de desmoronamento, fixo a pena-base dos acusados nos termos do artigo 59 do Código Penal, em 03 (três) anos de reclusão e multa de 100 (cem) vezes, 50 (cinqüenta) vezes e 10 (dez) vezes o salário mínimo vigente à época dos fatos e corrigidos monetariamente desde então, respectivamente aos réus Rubens, Dorivaldo e Geneton, ante as diferentes condições financeiras dos acusados, apuradas através das declarações de renda de cada qual (f. 274/303).

O delito em tela, descrito no art. 50 da Lei n.º 6.766/79, praticado pelos pacientes na forma qualificada prevista no parágrafo único do referido dispositivo legal, possui em seu preceito secundário pena que varia entre 01 (um) e 05 (cinco) anos de reclusão, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no País.

Conforme se extrai da parte dispositiva da sentença impugnada, a Magistrada exasperou a pena-base em 02 (dois) anos, fixando-a em 03 anos de reclusão, valorando negativamente 04 (quatro) circunstâncias judiciais, das 08 existentes no art. 59 do Código Penal, a saber: a culpabilidade (dolo que teve por alvo pessoas humildes, leigas e de boa-fé), os motivos do crime (a ganância na divisão da gleba de terra em 1.250 lotes a serem vendidos a 18 mil reais cada), a conduta social (descaso com os Poderes Públicos) e as conseqüências do crime (algumas das vítimas correm o risco de ter suas residências desmoronadas por força da erosão causada pelo loteamento).

A exasperação da pena-base se encontra devidamente fundamentada e, diversamente do alegado pelo impetrante, as considerações tomadas pela Julgadora não são inerentes ao próprio tipo penal.

Com efeito. O dolo intenso, a ganância, o desrespeito para com os Poderes Públicos e os riscos que correm os compradores dos lotes

localizados nas terras irregularmente parceladas pelos pacientes constituem um *plus* ao crime de loteamento clandestino, praticado na sua forma qualificada.

Ademais, não merecem prosperar os argumentos desenvolvidos na impetração no sentido de que a regularização do parcelamento do solo está em andamento, bem como que não seria verdade que a ação civil pública ajuizada contra os pacientes teria impedido a execução do loteamento e que as moradias existentes não correm risco de desabamento.

O fato de "estar em marcha" o processo de regularização do loteamento clandestino não retira a ilicitude da conduta dos pacientes, nem demonstra que efetivamente será regularizado, sendo certo, ainda, que a autorização para o loteamento deve ser prévia a qualquer ato concreto praticado pelo "loteador", o que foi absolutamente desconsiderado pelos pacientes.

De outro lado, ainda que não tenham sido concedidas as liminares na ação civil pública ajuizada contra os pacientes, resta evidente que o Poder Público já questionava a conduta praticada pelos mesmos, os quais, todavia, deram continuidade ao loteamento do solo demonstrando total descaso com a Justiça, mesmo após a instauração de inquérito policial a fim de apurar a suposta prática de crimes.

Por fim, cumpre destacar que o *habeas corpus* não é o meio adequado para examinar a alegação de que as moradias construídas nos loteamentos não correm risco de desabamento, já que tal exame demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos.

Deve ser prestigiada a conclusão da sentença condenatória e do acórdão que a manteve, visto que suficientemente fundamentada a majoração da pena-base imposta aos réus, não restando caracterizada, portanto, qualquer afronta ao art. 59 do Código Penal.

A orientação reiteradamente firmada nesta Corte é no sentido de que somente nas hipóteses de erro ou ilegalidade prontamente verificável na dosimetria da reprimenda, em flagrante afronta ao art. 59 do Código Penal, pode esta Corte reexaminar o *decisum* em tal aspecto, o que não é o caso.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> Criminal. *HC*. Estelionato. Dosimetria. Pena-base. Princípio da individualização. Divergência do *quantum* da reprimenda em relação ao co-réu. Diversidade de situações penais. Aspectos que não são inerentes ao tipo penal. Ordem denegada.
> A pena imposta ao paciente foi fundamentadamente fixada, com base na devida análise das circunstâncias judiciais pertinentes e em obediência aos critérios de lei Magistrado singular proceder à ressalva dos motivos que levaram ao indigitado *quantum* da pena-base aplicada ao paciente, considerando, diferentemente do co-réu, a personalidade voltada para a prática criminosa, a não-reparação do dano, bem como o fato de ser funcionário da Instituição pública lesada - que não são inerentes ao tipo penal.
> Exasperação da reprimenda do co-réu baseada apenas nos seus maus antecedentes.
>
> Improcedente a alegação de ofensa ao princípio da individualização da pena, decorrente da dosimetria diferenciada para cada co-réu, já que fulcrada em motivação de caráter exclusivamente pessoal. Absoluta identidade das situações não evidenciada.
> Não demonstrada a identidade das situações pessoais entre o paciente e o co-réu, que teve a pena reduzida em razão da ausência de maus antecedentes, tem-se como descabido o pedido de extensão.
> Somente nas hipóteses de erro ou ilegalidade prontamente verificável na dosimetria da reprimenda - em flagrante afronta aos ditames legais -, pode esta Corte reexaminar o *decisum* em tal aspecto, o que não se verifica *in casu*.
> Ordem denegada (*HC* 28897/RJ, de minha relatoria, *DJ* de 29.09.2003).
>
> R*HC*. Tentativa de roubo qualificado. Negativa de autoria. Pena-base. *Quantum*. Dosimetria. Sistema trifásico. Inocorrência de nulidade. Regime fechado. Gravidade genérica.
> Em sede de *habeas corpus* não se acolhe discussão de cunho eminentemente meritório, isto é, que necessita da incursão probatória e da via cognitiva plena.

Se o juiz fixou a pena a partir de fundamentação adequada, não é possível redimensioná-la em sede de procedimento heróico, pois, para tanto, necessário o confronto de dados probatórios do processo.
A gravidade genérica do crime de roubo não pode ser o único motivo para fixar o regime fechado, ainda mais se a fixação da pena-base levou em conta a inexistência de circunstâncias desfavoráveis, tendo sido ela estabelecida no mínimo legal.
Recurso provido em parte tão-somente para fixar o regime semi-aberto a ser cumprido desde logo em razão de estar em curso a execução provisória da pena (R*HC* 16.274/SP, Ministro José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 21.03.2005).

*Habeas corpus*. Apropriação indébita previdenciária. Pena-base acima do mínimo legal. Justificação. Circunstâncias desfavoráveis ao paciente.
1. Inexiste coação ilegal se no acórdão atacado se explicitaram, adequadamente, os motivos que levaram à fixação da pena-base acima do mínimo legal.
2. Não há que se falar na gravidade em abstrato do delito, como único elemento propiciador da apenação, ou na absoluta ausência de circunstâncias para mantença da pena-base acima do mínimo legal, quando restaram analisadas diversas circunstâncias afetas ao caso concreto, como, por exemplo, o elevado grau de culpabilidade do agente, a estrutura montada para realizar as fraudes, a desmedida ambição do paciente em auferir ganhos ilegais, visto ser pessoa de bom nível sociocultural, e as perversas conseqüências sociais do crime.
3. Ordem denegada (*HC* 40.090/RJ, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, *DJ* de 25.04.2005).

Quanto à pena de multa, entretanto, a fixação dos dias-multa, considerado o disposto no art. 59 do CP, atingiu o patamar máximo de 100 dias-multa em relação ao paciente Rubens Micael Arakelian, no valor unitário de um salário mínimo, em virtude da abastada situação econômica do paciente.

Verifica-se, então, que o aresto impôs no máximo legal a pena de multa, mesmo após reconhecer, em relação à pena de reclusão, a inexistência de circunstâncias capazes de promover sua fixação acima do patamar de 05 anos de reclusão, já que não valorou negativamente todas as circunstâncias judiciais.

Evidencia-se, portanto, excessivo rigor e insuficiente fundamentação para a exacerbação do *quantum* de dias-multa, em afronta aos artigos 49 e 59 do Código Penal.

A respeito, o julgado:

Recurso especial. Penal. Revisão criminal. Fixação da pena de multa. Necessidade de diminuição em face da redução da pena reclusiva pelo tribunal *a quo*. Processos sem o trânsito em julgado. Exasperação da pena-base. Impossibilidade. Princípio da não-culpabilidade.
1. No momento da dosimetria da pena, o magistrado deve observar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e demais circunstâncias a ela relativas, tanto para a aplicação da pena corporal quanto para a pena de multa. Precedente desta Corte.
2. Nesse contexto, tendo a pena de multa se amparado, na espécie, nos mesmos fundamentos para a fixação da pena reclusiva, nada mais justo que, reduzida a reprimenda corporal pelo Tribunal de origem, em sede de apelação, seja efetuada a mesma redução também para a pena de multa imposta ao réu.
3. Na fixação da pena-base, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade. Precedentes do STJ e do STF.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para reduzir a pena de multa aplicada ao ora recorrente, de 100 (cem) dias-multa, para 80 (oitenta) dias-multa. Ordem concedida de ofício a fim de que, mantida a condenação, o Tribunal *a quo* reduza do *quantum* da pena-base o acréscimo advindo da circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, na primeira parte da operação (REsp 332.620/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, *DJ* 13.12.2004).

Cabe ressaltar que a situação econômica do réu, avaliada como abastada na presente hipótese, é considerada para determinar o valor unitário de cada dia-multa, e, nessa parte, não há ilegalidade no aresto impugnado.

Resta evidenciado, neste aspecto, constrangimento ilegal, cabendo a concessão parcial

da ordem para reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, tão-somente no tocante à dosimetria da pena de multa aplicada ao paciente Rubens Micael Arakelian, a fim de que outra seja fixada, com a adequada e proporcional fundamentação, conforme já estabelecido para a reprimenda privativa de liberdade, mantida a condenação dos pacientes, à exceção do paciente Dorivaldo Xerfan, que teve reconhecida a extinção da sua punibilidade pelo Tribunal *a quo*, estando prejudicada a impetração em relação à sua pessoa.

Diante do exposto, concedo em parte a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

**Certidão**

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 29 de junho de 2006. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 21.08.2006.)

-:::-

# SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## ICMS - DIREITO DE CRÉDITO DO IMPOSTO PAGO NA AQUISIÇÃO DE BENS PARA ATIVO FIXO, COM CORREÇÃO MONETÁRIA - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - NÃO-CONHECIMENTO - NÃO-APLICAÇÃO AO CASO DA JURISPRUDÊNCIA INVOCADA PELO EMBARGANTE

**1. É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal que, em se tratando de regular lançamento de crédito tributário em decorrência de recolhimento de ICMS, não haverá incidência de correção monetária no momento da compensação com o tributo devido na saída da mercadoria do estabelecimento. Precedentes.**

**2. O caso, contudo, é de crédito tributário - reconhecido pelo acórdão embargado e não contestado pelo embargante -, cuja escrituração não ocorrera por óbice imposto pelo Estado, hipótese em que é devida a correção monetária e não se aplica a jurisprudência citada, cujo pressuposto é a regularidade da escrituração. Precedente: RE 282.120, Maurício Corrêa, *RTJ* 184/332.**

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 200.379-4/SP - Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

Embargante: Estado de São Paulo. Advogado: PGE-SP - Newton Jorge. Embargada: Usina Maracaí S.A. - Açúcar e Álcool. Advogados: Roberta Ponso de Barbosa Barros e outro. Advogado: Osiris de Azevedo Lopes Filho.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência da Sr.ª Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer dos embargos, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 15 de fevereiro de 2006. - *Sepúlveda Pertence* - Relator.

**Relatório**

*O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence* - Trata-se, na origem, de ação declaratória em que contribuinte do ICMS pretende ver reconhecido não só o direito de creditar-se do imposto pago na aquisição de bens para o ativo fixo, mas também o de fazê-lo com correção monetária.

A sentença - que julgara procedente a ação - foi reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que não admitiu o creditamento na hipótese e, portanto, não examinou o problema da correção monetária.

A Segunda Turma, ao julgar o RE - que somente discutia a questão do direito ao crédito na aquisição de bens destinados ao ativo fixo -, dele conheceu e lhe deu provimento para restabelecer a sentença (f. 310-316), que reconhecia o direito ao crédito com correção monetária.

O Estado opôs embargos de declaração (f. 318-322), pretendendo demonstrar, de um lado, que a jurisprudência do STF não admite a correção monetária de créditos escriturais de ICMS e, alegando, de outro, que a autora não pleiteou, no recurso extraordinário, a correção monetária.

No julgamento desses embargos, Relator o em. Ministro Marco Aurélio, a Segunda Turma decidiu (f. 349-350):

> ... No mais, há de se ter presente que a atualização do crédito foi pleiteada na inicial e compôs a condenação imposta pelo Juízo. A apelação frutificou, e aí o recurso extraordinário da

> contribuinte teve como objetivo maior a reforma do acórdão proferido pelo tribunal de origem e o restabelecimento da sentença. Portanto, não restou configurada a decisão fora dos limites do extraordinário, valendo notar que a correção monetária não é um *plus*, mas visa, isto sim, à reposição do poder aquisitivo da moeda, evitando enriquecimento sem causa.
> Provejo parcialmente os declaratórios para consignar que a decisão proferida se fez nos limites da irresignação da contribuinte versada no extraordinário.

Nos embargos de divergência - admitidos (f. 391) -, o Estado se limita a sustentar o dissídio quanto à admissibilidade da correção monetária de créditos extemporâneos.

Nas contra-razões, sustenta a embargada, preliminarmente, que, nos termos do artigo 546 do CPC:

> ... o direito de ingressar com os embargos, ora opostos, versando sobre matéria do acórdão do RE, configura-se precluso, mesmo sobre correção monetária, por se constituir matéria velha, cujo revolvimento, se fosse possível, só o seria, quando muito, por ocasião da intimação dos primeiros declaratórios.

Acerca da matéria de fundo suscitada nos presentes embargos de divergência, aduz a embargada que:

> A correção monetária pleiteada desde a inicial refere-se ao fato de que os créditos não foram lançados à época oportuna por obstaculização do próprio Fisco paulista, que se amparou em legislação declarada inconstitucional, para impedir o aproveitamento.
> Trata-se, portanto, de ICMS pago a maior, que foi recebido em moeda corrente nos cofres do erário, uma vez que não houve a compensação crédito x débito, direito do contribuinte hospedado pela Constituição Federal - art. 155, § 2º, inc. I - princípio da não-cumulatividade.
> A correção monetária é conseqüência natural daquele direito, visando, apenas e tão-somente, restabelecer o poder aquisitivo da moeda, exigida do contribuinte por força de norma contaminada. Nada tem a ver com sobras de crédito na conta gráfica, ou com o instituto do crédito acumulado.
> Por interessante, observe-se que aquilo que foi alegado como contradição nos embargos de declaração pela defendente, hoje se tornou divergência, sendo que o primeiro acórdão paradigma nestes divergentes é o mesmo usado para demonstrar a contradição nos declaratórios.

Parecer do em. Procurador-Geral da República Antônio Fernando de Souza pelo não-conhecimento dos embargos de divergência, porque não demonstrado o conflito de julgados.

No mérito, opina pelo provimento, uma vez que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal passaram a adotar tese diametralmente oposta à do acórdão embargado.

É o relatório.

**Voto**

*O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator)* - I - Afasto o óbice levantado pela embargada quanto à admissibilidade dos embargos de divergência; a simples oposição dos declaratórios não preclui a oportunidade de opor os embargos de divergência; ao contrário, muitas vezes será necessário para viabilizá-los.

Certo, o art. 330 do Regimento Interno estabelece que os embargos de divergência são cabíveis "à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário".

Mas não é possível negar à decisão dos embargos de declaração a característica de integrar a decisão embargada, seja ela qual for: não é por outra razão que o art. 538 do Código de Processo Civil dispõe que o prazo para a interposição de outros recursos fica interrompido com a oposição deles.

II - A matéria discutida nos embargos de divergência é relativa ao direito à correção monetária dos créditos tributários provenientes da arrecadação de ICMS.

O acórdão embargado restabeleceu a sentença de primeiro grau, que julgou procedente a

ação declaratória cujo objeto incluía a correção monetária dos créditos.

O embargante coteja o acórdão embargado com o acórdão da Primeira Turma no RE 230.879, 11.12.1998, Ilmar, assim ementado:

> Tributário. ICMS. Estado de São Paulo. Correção dos créditos acumulados. Princípios da não-cumulatividade e da isonomia.
> O sistema de créditos e débitos, por meio do qual se apura o ICMS devido, tem por base valores certos, correspondentes ao tributo incidente sobre as diversas operações mercantis, ativas e passivas, realizadas no período considerado, razão pela qual tais valores, justamente com vista à observância do princípio da não-cumulatividade, são insuscetíveis de alteração em face de quaisquer fatores econômicos ou financeiros.
> De ter-se em conta, ainda, que não há falar, no caso, em aplicação do princípio da isonomia, visto não configurar obrigação do Estado, muito menos sujeita a efeitos moratórios, eventual saldo escritural favorável ao contribuinte, situação reveladora, tão-somente, de ausência de débito fiscal, este, sim, sujeito a juros e correção monetária, em caso de não-recolhimento no prazo estabelecido.
> Recurso conhecido e provido.

A divergência quanto à incidência de correção monetária nos créditos tributários do contribuinte, se havia à época em que o acórdão embargado foi proferido, hoje está superada.

Ambas as Turmas do Tribunal têm decidido da mesma forma; a natureza meramente contábil da equação entre débitos e créditos tributários impede a incidência de correção monetária sobre o mesmo, por respeito ao princípio da não-cumulatividade.

São exemplos, na Primeira Turma, os RE 310.026-AgR, 29.09.2005, Eros; 346.599-AgR, 16.12.2004, Pertence; 300.939-AgR, 20.04.2004, Pertence; e 220.773-AgR, 11.02.2003, Sydney; e, na Segunda Turma, os RE 221.752-AgR, 06.10.1998, Velloso; 290.436, 24.04.2001, Jobim; 400.430-AgR, 08.06.2004, Ellen; 247.520-AgR, 20.06.2000, Maurício; e 344.671-AgR, 17.12.2002, Maurício.

Ou seja, em se tratando de regular lançamento de crédito tributário em decorrência de recolhimento de ICMS, não haverá incidência de correção monetária no momento da compensação com o tributo devido na saída da mercadoria do estabelecimento.

No entanto, não é esse o caso presente.

III - A embargada ajuizou ação declaratória, visando ao direito de escriturar créditos extemporâneos em razão de óbice oposto pela Fazenda Pública.

Não se trata, portanto, de regular escrituração de crédito e posterior pedido de correção monetária sobre os mesmos; o pedido inicial é relativo ao próprio crédito tributário - reconhecido pelo acórdão embargado e não contestado pelo embargante -, cuja escrituração não ocorrera por óbice imposto pelo Estado, hipótese não alcançada pela jurisprudência citada, uma vez que o pressuposto é a regularidade da escrituração.

A Segunda Turma, no julgamento do RE 282.120, Maurício, *RTJ* 184/332, julgou devida a incidência de correção monetária sobre os créditos escriturados extemporaneamente por óbice do Fisco, ainda que o impedimento se tivesse fundamentado em decisão judicial.

Extrato do voto do em. Ministro Maurício Corrêa:

> A recorrida, desde a inicial, esclarece que, 'trabalhando no ramo de industrialização e exportação de produtos derivados do café', não podia compensar os pagamentos feitos a título de ICMS incidentes sobre a matéria-prima e outros insumos utilizados na fabricação do produto final, o que muito onerava a produção. Com o advento da Lei Complementar 65/91, artigo 3º, passou a ter direito de creditar-se desses valores.
> 7. Ocorre que, por força de liminar concedida na ADI 600, Marco Aurélio, j. em 06.05.92, tal dispositivo teve sua eficácia suspensa, razão pela qual a autoridade fazendária determinou o estorno de todos os créditos lançados a esse título. No julgamento do mérito, tendo o Tribunal decidido pela improcedência da ação e conseqüente constitucionalidade da disposição autorizadora, a Fazenda do Estado

admitiu a 'recuperação dos créditos que haviam sido estornados, todavia, pelo valor nominal sem correção monetária'.
8. Esse fato ensejou a impetração de mandado de segurança por parte da recorrida, no qual alegou que 'os créditos em pauta não foram utilizados por imposição da Fazenda, que exigia seu estorno e, posteriormente, com sua concordância, foram recuperados sem atualização monetária, o que resulta, sem dúvida, na vedada cumulatividade do tributo, além de enriquecimento sem causa da Fazenda Estadual' (f. 09). Pretende, assim, 'recuperar a referida correção monetária correspondente ao período entre a data do estorno e aquela em que a Fazenda permitiu a recuperação dos créditos' (f. 20). (...)
Ora, a decisão que reconheceu a constitucionalidade da norma complementar autorizadora do lançamento efetivo do crédito para fins de compensação (ADI 600, Marco Aurélio, *DJ* 30.06.95), produz, como se sabe, efeitos *ex tunc*, ou seja, o dispositivo legal é tido por legítimo desde sua edição, sem embargo da suspensão cautelar. Para que a lei produza os efeitos que deveria ter gerado na época própria e pretérita, é essencial que se lancem os créditos não pelo valor histórico, e sim pelo atual, devidamente corrigido.
23. Caso contrário, haverá enriquecimento ilícito da Fazenda do Estado. Isso pela circunstância de que a compensação não se realizou na época própria, permitindo uma arrecadação superior à que seria devida se os efeitos da lei, posteriormente declarada constitucional pelo Tribunal, não estivessem suspensos. Para que esse excesso seja restituído a quem, sem qualquer culpa, foi impedido de creditar-se do imposto pago, é necessário que a compensação se faça de forma atualizada. Ressalto que não existirá prejuízo ao Fisco, que, amparado por decisão liminar, arrecadou indevidamente mais no passado, e restituirá o que é devido pelo valor real, restabelecendo-se, desse modo, a situação original.

Ao final, concluiu o Relator:

A questão, como visto, refoge à mera pretensão de corrigir-se monetariamente os créditos escriturais do ICMS, consideradas as datas de recolhimento e da compensação do tributo, hipótese em que este Tribunal rejeitou a possibilidade de atualização, salvo existência de permissão legal. Nem se cuida aqui de perquirir os efeitos da ADI 600, que deu causa ao não-lançamento autorizado em lei. Trata-se, na verdade, de pedido de correção de valores que não puderam ser escriturados na época própria pelo contribuinte, em decorrência de obstáculo criado pela atuação estatal.
26. No caso específico, o não-atendimento do pedido acarretaria enriquecimento sem causa do Estado, que arrecadou a maior no momento em que impediu o contribuinte de compensar tempestivamente os créditos legitimados por lei. Reconhecido *a posteriori* esse direito, a indexação é mera restituição do que é devido por fato anterior.

Ora, se há direito à correção monetária pelo fato de a escrituração do crédito não se ter realizado por óbice oposto pelo Fisco, embora fundado em decisão judicial, com maior razão será ela devida quando o obstáculo houver decorrido de entendimento criado e se der por ato emanado exclusivo da Administração.

Portanto, embora a fundamentação do acórdão embargado esteja em conflito com a jurisprudência invocada pelo embargante, esta não é aplicável à espécie.

Não conheço dos embargos: é o meu voto.

**Voto**

*O Sr. Ministro Cezar Peluso* - Senhora Presidente, se se tratasse de uma relação de débito e crédito, em que o suposto titular pudesse usar, oportunamente, do crédito e não o fizesse, a solução seria outra. Mas não é. Na realidade, é mera escrituração, de modo que não há possibilidade nenhuma de fazer compensação em tempo oportuno.

Estou de acordo com o voto do Relator.

**Extrato de ata**

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, não conheceu dos embargos. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Britto e, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 15.02.2006.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

*Luiz Tomimatsu* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 05.05.2006.)

-:::-

**RECURSO - EXTRAORDINÁRIO - INTERPOSIÇÃO ANTES DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO - POSSIBILIDADE TEÓRICA DE ACOMPANHAMENTO ELETRÔNICO - IRRELEVÂNCIA - SISTEMA QUE APENAS INFORMARIA O ESTADO DO PROCESSO, NÃO AS RAZÕES DE DECIDIR - RECURSO PREPÓSTERO - NÃO-CONHECIMENTO**

**- Se não se prova doutro modo o conhecimento anterior das razões de decidir, não se conhece de recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida no *Diário da Justiça* ou da sua juntada aos autos.**

**RECURSO - AGRAVO - REGIMENTAL - JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA SOBRE A MATÉRIA - ARGUMENTAÇÃO DESARRAZOADA - CARÁTER MERAMENTE ABUSIVO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - IMPOSIÇÃO DE MULTA - APLICAÇÃO DO ART. 557, § 2º, C/C 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.**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 558.168-0-RJ - Relator: Ministro CEZAR PELUSO

Agravante: Telemar Norte Leste S.A. Advogado: Ademir Coelho Araújo e outro. Agravado: Lúcio Eduardo Monteiro. Advogado: Marcos Sobrinho.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 21 de fevereiro de 2006. - *Cezar Peluso* - Relator.

**Relatório**

*O Sr. Ministro Cezar Peluso* - Trata-se de agravo interposto contra decisão do teor seguinte:

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, na instância de origem, não admitiu o processamento de recurso extraordinário.
2. Incognoscível o agravo.
O recurso extraordinário foi protocolado em 31.08.04, antes que se fizesse público e existente como ato processual, em 24.09.04 (f. 43), o acórdão impugnado. Não serve como termo de início de contagem do prazo recursal a mera notícia do julgamento (cf. Pet n° 1.320-DF-AgRg-AgRg, Rel. Min. Nelson Jobim). Desta forma, foi o recurso interposto prematura e intempestivamente. Neste sentido:
'(...) a intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto resultar de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações - impugnação prematura ou oposição tardia -, a conseqüência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. (...) o prazo para interposição de recurso contra decisões colegiadas só começa a fluir da

publicação da súmula do acórdão no órgão oficial (CPC, art. 506, III). Na pendência dessa publicação, qualquer recurso eventualmente interposto considerarse-á intempestivo (...)' (AI n° 381.102- SP, Rel. Min. Celso de Mello). 3. Ante o exposto, nego seguimento ao agravo (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC) (f. 69/70).

Insiste a parte agravante no provimento do agravo, sustentando que: a) "a finalidade precípua da publicação é de levar ao conhecimento das partes o conteúdo da decisão, com o escopo de garantir o direito de defesa" e que essa finalidade pode ser alcançada por outros meios, a exemplo do "acesso ao inteiro teor de um acórdão ou decisão pela internet antes da publicação" e da "intimação oficial do advogado sem a publicação quando o procurador da parte comparece em cartório"; b) "não há qualquer previsão no CPC ou em qualquer outra norma vigente no ordenamento jurídico pátrio que estabeleça que a publicação é pressuposto de existência de uma decisão", sendo, portanto, tal entendimento, um óbice ao direito de recorrer e um "formalismo inútil", uma vez que desrespeita o princípio da instrumentalidade das formas consubstanciado no artigo 154 do CPC; e c) a noção de prazo recursal "não obriga a parte a observar um limite mínimo para a interposição do recurso, mas sim um limite máximo, sob pena de preclusão temporal".

É o relatório.

**Voto**

*O Sr. Ministro Cezar Peluso* - (Relator) - 1. Abusivo o recurso.

É verdade que sistemas de acompanhamento eletrônico podem dar a conhecer o estado do processo e, até, o teor do dispositivo de decisões, mas, neste caso, assim não há nenhuma prova de que estivera disponível tal informação, nem a partir de que data o estaria, como não há a de que, diversamente do que sucede de ordinário, eventual sistema tornasse disponível o inteiro teor do acórdão impugnado que fizessem públicas também as razões de decidir, sem cujo conhecimento não se concebe recurso adequado.

Daí subsistir a pertinência da decisão agravada, que invocou e resumiu os fundamentos de orientação invariável da Corte e de todo pertinente à hipótese (cf. AI nº 502.204 AgR/MG, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 04.11.2005; AI nº 479.035 AgR/MG, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 06.05.2005; AI nº 479.019 AgR/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 24.09.2004; RE nº 267.899 AgR-ED/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 23.09.2005; RE nº 418.151 ED/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 21.05.2004; RE nº 278.975/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 10.06.2005), sem que nada lhe acrescentassem os argumentos do recurso à compreensão e ao desate da *quaestio iuris* agora ressuscitada.

Ao presente agravo, que não traz argumentos sérios para ditar eventual releitura da orientação assentada pela Corte, não sobra, pois, senão caráter só abusivo. Há aqui, além da violação específica à norma proibitiva inserta no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, desatenção séria e danosa ao dever de lealdade processual (arts. 14, II e III, e 17, VII), até porque recursos como este roubam à Corte, já notoriamente sobrecarregada, tempo precioso para cuidar de assuntos graves. A litigância de má-fé não é ofensiva apenas à parte adversa, mas também à dignidade do Tribunal e à alta função pública do processo.

2. Isso posto, nego provimento ao agravo, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos, e condeno a parte agravante a pagar à parte agravada a multa de 5% (cinco por cento) do valor corrigido da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito da respectiva quantia, tudo nos termos do art. 557, § 2°, c/c arts. 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil.

**Extrato de ata**

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento,

nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 21.02.2006.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

*Ricardo Dias Duarte* - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 24.03.2006.)

-:::-

**IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) - LOCAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - INADMISSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DA INCIDÊNCIA DESSE TRIBUTO MUNICIPAL - DISTINÇÃO NECESSÁRIA ENTRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS (OBRIGAÇÃO DE DAR OU DE ENTREGAR) E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (OBRIGAÇÃO DE FAZER) - IMPOSSIBILIDADE DE A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL ALTERAR A DEFINIÇÃO E O ALCANCE DE CONCEITOS DE DIREITO PRIVADO (CTN, ART. 110) - INCONSTITUCIONALIDADE DO ITEM 79 DA ANTIGA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68 - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO IMPROVIDO**

**- Não se revela tributável, mediante ISS, a locação de veículos automotores (que consubstancia obrigação de dar ou de entregar), visto que esse tributo municipal somente pode incidir sobre obrigações de fazer, a cuja matriz conceitual não se ajusta a figura contratual da locação de bens móveis. Precedentes (STF). Doutrina.**

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 446.003-3-PR - Relator: Ministro CELSO DE MELLO

Agravante: Município de Curitiba. Advogado: Roberto de Souza Moscoso e outro. Advogado: José Alberto Couto Maciel. Agravada: Desafio Locadora de Veículos Ltda. Advogados: Fábio Ciuffi e outro(a/s).

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau.

Brasília, 30 de maio de 2006. - *Celso de Mello - Presidente e Relator*.

**Relatório**

*O Senhor Ministro Celso de Mello (Relator*) - Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, contra decisão que conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário deduzido pela parte ora agravada (f. 198/199).

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante interpõe o presente recurso, postulando seja negado provimento ao apelo extremo deduzido pela empresa recorrida (f. 201/203).

Por não me convencer das razões expostas, submeto à apreciação desta colenda Turma o presente recurso de agravo.

É o relatório.

**Voto**

*O Senhor Ministro Celso de Mello - (Relator*) - Não assiste razão à parte ora recorrente, visto que a decisão agravada se ajusta, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em exame.

Cabe rememorar, na análise da presente causa, que a tributabilidade dos serviços de qualquer natureza, não compreendidos na esfera de competência impositiva das demais pessoas estatais, traduz prerrogativa que pertence aos Municípios, os quais, para esse efeito, ainda que em caráter residual (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, 9ª ed., Renovar, 2002, p. 360, item nº 7.3,), dispõem do poder de instituir o ISS relativamente aos serviços definidos em lei complementar editada pela União Federal (CF/69, art. 24, II; CF/88, art. 156, III).

A lista de serviços é taxativa (*RTJ* 89/281). O rol que ela contém constitui *numerus clausus*, embora admissível a sua interpretação compreensiva (*RDA* 118/155, Rel. Min. Thompson Flores). O que se não pode aceitar - até como natural consectário do princípio constitucional da reserva de lei em matéria tributária - é a inovação do rol, para, nele, acrescentar-se, em sede normativa local, categoria de serviços não prevista na lista elaborada pela União Federal.

A controvérsia suscitada na presente causa - que reside na discussão em torno da tributabilidade, ou não, *mediante ISS*, da locação de veículo automotor - *consiste* em saber se se revela juridicamente lícita, para efeito tributário, a qualificação das obrigações fundadas no negócio contratual da locação de bens como atividade caracterizadora de prestação de serviços, para fins de incidência do mencionado tributo municipal.

Tenho para mim, Senhores Ministros, na mesma linha do entendimento de Aires Fernandino Barreto (*Revista de Direito Tributário* 38/192) e de Cléber Giardino (*Revista de Direito Tributário* 38/196), que a qualificação da "locação de bens móveis" como serviço, para efeito de tributação municipal mediante *ISS*, nada mais significará, caso permitida, senão o inadmissível reconhecimento da possibilidade de arbitrária manipulação, por lei complementar, *da repartição constitucional* de competências impositivas, *visto que o ISS somente pode incidir sobre obrigações de fazer*, a cuja matriz conceitual *não se ajusta* a figura contratual da locação de bens móveis.

Cabe advertir, neste ponto, que a locação de bens móveis não se identifica 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 consubstanciem um *praestare* ou um *facere*.

Na realidade, a locação de bens móveis configura verdadeira obrigação de dar, como resulta claro do art. 565 do vigente Código Civil (que reproduz idêntica disposição contida no art. 1.188 do Código Civil de 1916): "*Na locação de coisas*, uma das partes se obriga *a ceder* à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição" (grifei).

Esse entendimento - *que identifica*, na figura contratual da locação de bens móveis, a presença de uma típica obrigação de dar, fundada na cessão de coisa não fungível - *encontra apoio* em autorizado magistério doutrinário (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28. ed., Saraiva, 2002, vol. 3/219-221, itens n$^{os}$ 96/98; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 10. ed., Forense, 2002, vol. III/178-185, item nº 238; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 5. ed., Atlas, 2005, vol. 3/150, item nº 7.2; GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed., Forense, 1979, p. 328, 330/332 e 335, itens n$^{os}$ 209/210 e 214, *v.g.*).

Insista-se, portanto, na asserção de que, para efeito de configuração do contrato de locação de coisas (*locatio rerum*, que se distingue, juridicamente, da *locatio operarum* e da *locatio operis faciendi*), a entrega de coisa não fungível constitui, nos termos de nosso vigente estatuto civil (art. 565 c/c o art. 566, I), um dos *essentialia negotii*, como acentua Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*, 18. ed., Saraiva, 2003, vol. 3/244-245):

> A *entrega* da coisa locada é o *principal* dever do locador, por ser ela um meio indispensável para a fruição do uso e gozo do bem, o que constitui *elemento essencial* do contrato de locação. *Sem tal entrega*, a locação *não* se efetiva (grifei).

O fato irrecusável é um só, Senhores Ministros: a Constituição, quando atribui competência impositiva ao Município para tributar serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência das outras pessoas políticas, exige que só se alcancem, mediante incidência do ISS, os atos e fatos que se possam qualificar, juridicamente, como serviços.

Cumpre assinalar, por necessário, especialmente em face das considerações expostas, que a legislação tributária emanada de qualquer das pessoas políticas não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias.

Veja-se, pois, que, para efeito de definição e de identificação do conteúdo e do alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, o Código Tributário Nacional, em seu art. 110, "*faz prevalecer* o império do Direito Privado - Civil ou Comercial (...)" (BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, p. 687, item n. 2, atualizado pela Professora Misabel Abreu Machado Derzi, 11. ed., Forense 2003, - grifei), razão pela qual esta Suprema Corte, para fins jurídico-tributários, não pode recusar ao instituto da locação de bens móveis a definição que lhe é dada pelo Código Civil (art. 565), sob pena de prestigiar, no tema, a interpretação econômica do direito tributário, em detrimento do postulado da tipicidade, que representa, no contexto de nosso sistema normativo, projeção natural e necessária do princípio constitucional da reserva absoluta de lei, consoante adverte o magistério da doutrina (CANTO, Gilberto de Ulhôa. *in Caderno de Pesquisas Tributárias* nº 13/493, 1989, Resenha Tributária; TROIANELLI, Gabriel Lacerda. O ISS sobre a locação de bens móveis, *in Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 28/7-11, 8-9).

A pretensão jurídica ora deduzida pelo Município recorrente - que considera juridicamente qualificável, como serviço, a locação de bens móveis, inclusive a locação de veículos automotores - não se revela acolhível, visto que, mais do que conflitar com o que prescreve o art. 110 do Código Tributário Nacional, mostra-se em desarmonia com a Lei Fundamental, que, em matéria tributária, instituiu clara e rígida repartição constitucional de competências impositivas.

Na realidade, a postulação recursal em causa não tem o beneplácito do entendimento que o Plenário desta Suprema Corte firmou no julgamento do RE 116.121/SP, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio (*RTJ* 178/1265), quando definiu, nos mesmos termos ora expostos neste voto, a controvérsia em análise, proferindo, então, decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

> Tributo - Figurino constitucional. - A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. Imposto sobre serviços - Contrato de locação. - A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. *Conflita* com a Lei Maior dispositivo *que imponha o tributo* considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional (grifei).

Cumpre ressaltar, por necessário, que essa orientação vem sendo observada em julgamentos - monocráticos e colegiados - proferidos no âmbito desta Corte (AI 485.707-AgR/DF, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 425.281/RO, Rel. Min. Carlos Velloso):

> Imposto sobre Serviços (ISS). Locação de veículo automotor. Inadmissibilidade da incidência desse tributo municipal. Distinção entre locação de bens móveis (obrigação de dar ou de entregar) e prestação de serviços (obrigação de fazer). Impossibilidade de a legislação tributária municipal alterar a definição e o alcance de conceitos de direito privado (CTN, art. 110). Inconstitucionalidade do item 79 da antiga lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (...) (AC 661-QO/MG, Rel. Min. Celso de Mello).

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao presente

recurso de agravo, mantendo, em conseqüência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora recorrida.

É o meu voto.

**Extrato de ata**

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. 2ª Turma, em 30.05.2006.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau.

Subprocuradora-Geral da República, Dr.ª Sandra Verônica Cureau.

*Carlos Alberto Cantanhede* - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 04.08.2006.)

-:::-

## PRAZO PRESCRICIONAL - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

**1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 11.06.99).**

**2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos.**

**3. Recurso provido.**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 297.901-5-RN - Relatora: Ministra ELLEN GRACIE

Recorrente: Viação Aérea São Paulo S.A. - Vasp. Advogados: João Câncio Leite de Melo e outros. Recorrida: Janekelly Ribeiro Rêgo. Advogados: Camila Léllis Galvão de Souza e outro.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 7 de março de 2006. - *Ellen Gracie* - Relatora.

**Relatório**

*A Senhora Ministra Ellen Gracie* - 1. Trata-se de recurso extraordinário, com fulcro no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Cível e Criminal de Natal, Estado do Rio Grande do Norte.

2. A decisão recorrida entendeu que, no conflito entre as normas do Código de Defesa do Consumidor e da Convenção de Varsóvia sobre a prescrição, em ação de indenização do passageiro contra empresa aérea, prevalecem as disposições mais favoráveis do Código, que estabelecem o prazo prescricional de cinco, e não de dois anos.

3. A recorrente sustenta que a decisão recorrida ofende os arts. 5º, § 2º, e 178 da

Constituição Federal. Argumenta que prevalecem, no âmbito interno, as normas estabelecidas em tratados internacionais, pois estes têm hierarquia superior às leis. Por outro lado, afirma ainda, a Convenção de Varsóvia é lei especial, e o Código de Defesa do Consumidor é lei geral, e aquela se sobrepõe a este, como determina a Lei de Introdução ao Código Civil.

4. As contra-razões pugnam pela manutenção da decisão recorrida (f. 110/117). O parecer da Procuradoria-Geral da República opina pelo não-provimento do recurso (f. 127/131).

É o relatório.

**Voto**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora) - 1. No julgamento de caso semelhante, a Primeira Turma desta Corte entendeu que a alegação de ofensa ao art. 5º, § 2º, da Constituição Federal não ocorre, pois esse dispositivo se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 11.06.99). Não é cabível, pois, o recurso extraordinário nesse ponto.

2. Já no que se refere à sustentada supremacia da Convenção de Varsóvia, com relação ao Código de Defesa do Consumidor, observo que, no julgamento de conflito entre norma da Convenção de Genebra e o Decreto-lei 427/69, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que leis internas posteriores revogam os tratados internacionais (RE 80.004, Redator para o acórdão o Min. Cunha Peixoto, *DJ* de 29.12.77).

Não obstante, na hipótese ora em julgamento, cabe observar que o art. 178 da Constituição Federal de 1988 expressamente estabeleceu que, quanto à ordenação do transporte internacional, a lei observará os acordos firmados pela União.

Assim, embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso de contrato de transporte internacional aéreo, em obediência à norma constitucional antes referida, prevalece o que dispõe a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos, não o de cinco anos, do Código de Defesa do Consumidor.

3. Dou provimento ao recurso.

**Extrato de ata**

Decisão: A Turma, por votação unânime, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 07.03.2006.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

*Carlos Alberto Cantanhede* - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 31.03.2006.)

-:::-

## ATO PROCESSUAL - RECURSO - CHANCELA ELETRÔNICA - EXIGÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO SEU USO PARA RESGUARDO DA SEGURANÇA JURÍDICA

**1. Assente o entendimento do Supremo Tribunal de que apenas a petição em que o advogado tenha firmado originalmente sua assinatura tem validade reconhecida. Precedentes.**

**2. No caso dos autos, não se trata de certificado digital ou versão impressa de documento digital protegido por certificado digital; trata-se de mera chancela eletrônica sem qualquer regulamentação e cuja originalidade não é possível afirmar sem o auxílio de perícia técnica.**

**3. A necessidade de regulamentação para a utilização da assinatura digitalizada não é mero formalismo processual, mas exigência razoável que visa impedir a prática de atos cuja responsabilização não seria possível.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 564.765-6-RJ - Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

Agravante: União. Advogado: Advogado-Geral da União. Agravado: Wagner Figueiredo da Silva. Advogado: Sérgio de Souza Macedo.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 14 de fevereiro de 2006. - *Sepúlveda Pertence* - Relator.

**Relatório**

*O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence* - Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE, *a*, *b* e *c*, contra acórdão da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado do Rio de Janeiro.

Eis o teor da decisão agravada (f. 73):

> Trata-se de recurso extraordinário interposto por cópia, estando em cópia também a assinatura do advogado, seja na petição de encaminhamento, seja na peça em que apresentadas as razões recursais.
> Não fosse o rigor formal que é inerente ao recurso extraordinário, ressente-se de validade como ato processual a petição que não tenha aposta assinatura originalmente firmada pelo advogado. A respeito, já decidiu reiteradamente o eg. STF no sentido da inadmissibilidade de recursos dirigidos àquela Corte, tendo pacificado o entendimento de que apenas a petição em que o advogado tenha firmado originalmente sua assinatura tem validade reconhecida. Valendo transcrever:
>
> 'Trata-se de agravo, interposto por cópia, contra decisão que negou processamento a recurso extraordinário fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal. *A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento segundo o qual apenas a petição em que o advogado tenha originalmente firmado sua assinatura tem validade reconhecida. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: AgRAI 357.101, 1ª T., Rel.ª Ellen Gracie; AgRAI 179.709, 1ª T., Rel. Octavio Galloti; e AgRAI Supremo Tribunal Federal, AI 564.765/RJ nº 263.570, 2ª T., Rel. Néri da Silveira.* (...) Assim, não conheço do agravo (art. 557, *caput*, do CPC). Publique-se. Brasília, 27 de outubro de 2004. Ministro Gilmar Mendes Relator' (AI 441821/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 30.11.2004, p. 50) (grifei).
> 'Apenas a petição em que o advogado tenha originalmente firmado sua assinatura tem a validade reconhecida. Precedentes. Agravo desprovido' (RMS 24257 AgR/DF, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, DJ de 11.10.2002, p. 32). Por tais razões, inadmito o recurso extraordinário.

A União alega que a interposição de recurso extraordinário por cópia é autorizada pelo art. 24 da Lei 10.522/02 e que, apesar disso, não se trata de cópia, mas de recurso interposto com a assinatura digitalizada do advogado, o que se dá em razão da grande quantidade de processos que tramitam nos Juizados Especiais Federais.

O agravo de instrumento veio nos autos principais.

É o relatório.

**Voto**

*O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence* - (Relator) - A decisão que inadmitiu o recurso extraordinário deve ser mantida.

Certo, a prática de atos processuais com a utilização de recursos eletrônicos se tem multiplicado a cada dia. No entanto, o uso dos meios tecnológicos não prescinde de regulamentação.

Na legislação comum é possível identificar diversos dispositivos nesse sentido, *v.g.*, a Lei 9.800/99 - que regula a utilização dos aparelhos de fac-símile para a transmissão de peças - e o art. 8º, § 2º, da Lei 10.259/2001 (*Os tribunais poderão organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico*).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, algumas resoluções foram editadas para tornar viável a utilização de recursos tecnológicos: a Resolução 179/99 veio disciplinar a utilização do sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile para a prática de atos processuais, nos termos da Lei 9.800/99; a Resolução 287/04 instituiu o sistema que permite o uso de correio eletrônico para a prática de atos processuais; por fim, a Resolução 293/04 instituiu a chancela eletrônica, instrumento similar ao adotado pelo advogado subscritor do recurso extraordinário. Essa última resolução, contudo, estabelece critérios para a habilitação dos Ministros interessados e credenciamento dos servidores que serão responsáveis pela utilização da chancela; cada chancela eletrônica firmada é registrada em banco de dados e vinculada ao servidor que a Supremo Tribunal Federal AI 564.765/RJ utilizou; a medida é indispensável para tornar possível a responsabilização pelo uso indevido da assinatura digitalizada.

Na administração pública federal foi instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil (MPr 2.200/2001), que visa

> garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Atualmente, o órgão responsável pela emissão dos certificados digitais é o ITI - Instituto Nacional de Tecnologia da Informação.

No caso dos autos, não se trata de certificado digital ou de versão impressa de documento digital protegido por certificado digital; trata-se de mera chancela eletrônica utilizada sem qualquer regulamentação e cuja originalidade não é possível afirmar sem o auxílio de perícia técnica.

A necessidade de regulamentação para a utilização da assinatura digitalizada não é mero formalismo processual, mas exigência razoável que visa impedir a prática de atos cuja responsabilização não seria possível.

Essa ressalva já havia sido feita no julgamento do RMS 24.257, em 13.08.02, 1ª T, em que a em. Min.ª Ellen Gracie destacou:

> ... a administração da Justiça não só deve acompanhar, como, sempre que possível, estar na vanguarda da modernidade. Entretanto, para preservar a segurança jurídica, certos meios decorrentes da informatização e automação em geral precisam ser, antes de postos em Supremo Tribunal Federal AI 564.765/RJ prática, normatizados. Isso ainda não ocorreu, no processo, com a assinatura digitalizada.

No mesmo sentido, *v.g.*, AI 179.709-AgR, 14.05.1996, 1ª T., Gallotti; e RE 263.570-AgR, 23.04.02, 2ª T., Néri.

Nego provimento ao agravo de instrumento: é o meu voto.

*O Senhor Ministro Marco Aurélio* - Senhor Presidente, peço vênia para ficar vencido.

Admito a prática, tendo em conta outras flexibilizações pelo próprio Tribunal, como é a da assinatura digital.

*O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente e Relator*) - Mas regulamentada.

*O Senhor Ministro Marco Aurélio* - Pelo próprio Tribunal, não por lei. E, também, a abertura que se deu quanto à dispensa, até mesmo, de declaração da autenticidade das peças trasladadas pelo profissional da advocacia. No

caso, não sei se se trata de cópia do original ou de uma assinatura realmente digital.

*O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente e Relator*) - É uma assinatura obviamente mecânica, sem nenhum dado do seu registro, conforme é previsto na legislação.

*O Senhor Ministro Marco Aurélio* - Sim. Tem-se um recurso interposto pela parte, defendendo-se de uma decisão proferida.

Por isso, e levando em consideração o volume de peças judiciais enfrentado pela União, peço vênia para prover o agravo.

**Extrato de ata**

Decisão: Após os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Relator, e Eros Grau negando provimento ao agravo de instrumento e Marco Aurélio lhe dando provimento, pediu vista dos autos o Ministro Cezar Peluso. 1ª Turma, em 17.11.05.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Cezar Peluso, de acordo com o art. 1º, § 1º, *in fine*, da Resolução nº 278/2003. 1ª Turma, em 13.12.05.

Decisão: Adiado o julgamento por indicação do Ministro Cezar Peluso. 1ª Turma, em 07.02.06.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator; vencido o Ministro Marco Aurélio, que lhe dava provimento. Não participou deste julgamento o Ministro Carlos Britto. 1ª Turma, em 14.02.06.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha.

*Ricardo Dias Duarte* - Coordenador

**Extrato de ata**

Decisão: Após os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Relator, e Eros Grau negando provimento ao agravo de instrumento e Marco Aurélio lhe dando provimento, pediu vista dos autos o Ministro Cezar Peluso. 1ª Turma, em 17.11.05.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Cezar Peluso, de acordo com o art. 1º, § 1º, *in fine*, da Resolução nº 278/2003. 1ª. Turma, em 13.12.05.

Decisão: Adiado o julgamento por indicação do Ministro Cezar Peluso. 1ª. Turma, em 07.02.06.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator; vencido o Ministro Marco Aurélio, que lhe dava provimento. Não participou deste julgamento o Ministro Carlos Britto. 1ª. Turma, em 14.02.06.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso e Eros Grau.

Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.

*Ricardo Dias Duarte*, Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 17.03.2006.)

-:::-

**COMPETÊNCIA CRIMINAL. Juizado Especial Criminal. Infração de menor potencial ofensivo. Conceito ampliado pela Lei nº 10.259/2001. Demanda ajuizada antes do seu início de vigência. Competência declinada pelo Tribunal de Alçada Criminal. Inadmissibilidade. Competência**

**residual da Justiça Comum reconhecida. HC concedido. Aplicação do art. 25 da Lei nº 10.259/2001. Não são da competência dos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação.**

*HABEAS CORPUS* Nº 86.021-4-MG - Relator : Ministro CEZAR PELUSO

Paciente: Paulo Henrique Ribeiro Junqueira. Impetrantes: Hermes Vilchez Guerrero e outro. Coatora: Primeira Turma Recursal da Comarca de Lavras.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 07 de março de 2006. - *Cezar Peluso* - Relator.

**Relatório**

*O Senhor Ministro Cezar Peluso* (Relator) - 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Paulo Henrique Ribeiro Junqueira, contra acórdão proferido pela Turma Recursal do Juizado Especial da Comarca de Lavras/MG.

O paciente foi processado perante o Juízo da Comarca de Oliveira/MG, pela prática do delito previsto no art. 10, § 1º, inc. III, da Lei nº 9.437/97, por fato ocorrido em 13 de fevereiro de 2000.

Em novembro de 2002, o paciente foi condenado (f. 147/153), mas a acusação (f. 154/162) e a defesa (f. 169 e 194/199) interpuseram apelação contra a sentença, subindo os autos ao Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

Neste, o Juiz Relator determinou a remessa dos autos à Turma Recursal, por entendê-la competente para o julgamento dos recursos em razão das inovações trazidas pela Lei nº 10.259/01, que ampliara o conceito de infração de menor potencial ofensivo, abarcando a infração pela qual o paciente respondia:

> Compulsando os autos, verifico que este eg. Tribunal de Alçada é incompetente para o exame do presente recurso.
> Considerando que o réu foi denunciado, regularmente processado e, ao final condenado, como incurso nas sanções do artigo 10, § 1o, inciso III, da Lei nº 9.437/97, que prevê apenamento de 01 (um) a 02 (dois) anos de detenção, verifica-se que a competência para conhecer e julgar o presente feito é de uma das Turmas Recursais que compõem o Grupo Jurisdicional de Lavras (conforme Resolução TJMG nº 386/2002, publicada no Minas Gerais de 26.3.2002). É que a infração praticada é definida como de menor potencial ofensivo, sendo de ser observado, pois, o disposto na Lei nº 9.099/95, tendo em vista a nova redação dada pela Lei nº 10.259/2001, que modificou o conceito de infração de menor potencial ofensivo.
> Importa registrar que a Lei nº 9.099/95 não instituiu rito procedimental facultativo, e sim obrigatório, devendo todos os delitos de menor potencial ofensivo ser julgados pelos Juizados Especiais, e seus recursos, pela Turma Recursal, tratando-se de competência absoluta.
> Diga-se, de passagem, que não se pode concluir que, apesar de ser julgado pela Justiça Comum, deve seu recurso ser julgado por este Tribunal, e sim há de se considerar que a competência é da Turma Recursal, devido à matéria aqui tratada, conforme determinado pelos artigos 60 e 82 do referido diploma legislativo.
> Pelo exposto, não conheço do recurso e, de ofício, com suporte nos artigos 61 e 62 da Lei nº 9.099/95, determino a remessa dos autos a uma das Turmas Recursais que compõem o Grupo Jurisdicional de Lavras (Resolução 386/2002 do TJMG), para conhecer e julgar o recurso interposto (f. 224/225).

Os recursos foram então processados e julgados pela Turma Recursal do Juizado Especial da Comarca de Lavras/MG (f. 248/255).

Contra tal julgamento, volta-se o presente *writ*. Requerem os impetrantes o reconhecimento da nulidade do julgamento proferido pela Turma Recursal por incompetência absoluta e a conseqüente remessa dos autos do Processo nº 0382040395412 ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Concedi liminar, determinando a suspensão do andamento do processo até o julgamento final deste *writ*.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem, nos seguintes termos:

> 7. A hipótese é de deferimento da ordem.
> 8. A questão trazida cinge-se na incompetência da Turma Recursal, para julgar recurso de processo, por crime de menor potencial ofensivo, julgado perante a Justiça Comum Estadual, uma vez que os fatos tiveram lugar anteriormente à instalação do Juizado Especial Criminal Federal.
> 9. É oportuno lembrar que esse Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 690, deu por pacificada a sua jurisprudência, quanto à sua competência para julgar, originariamente, *habeas corpus* contra decisão de Turma Recursal de Juizados Especiais Criminais. E isto restou claro com o julgamento do *HC* nº 83.228/MG, em 1º de agosto de 2005, pelo Pleno, que manteve tal entendimento.
> 10. Dos autos, verifica-se que o paciente foi denunciado perante o Juízo da Comarca de Oliveira/MG, como incurso nas sanções do art. 10, inciso III, da Lei nº 9.437/97, porque, no dia 13.02.2000, efetuou disparos em lugar público, tanto na zona rural como na área urbana daquele Município. Na ocasião, ainda não estava em vigor a Lei nº 10.259, de 07.12.2001, que ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, submetendo-lhe o julgamento aos Juizados Especiais Criminais. Por essa razão, o feito foi processado e julgado na Justiça Comum.
> 11. Em que pese a condenação ter-se dado por crime de menor potencial ofensivo, como visto, a ação penal tramitou, regularmente, perante aquele Juízo Estadual, falecendo, por isso, competência à Turma Recursal, para apreciar os recursos de apelação, apresentados tanto pela defesa como pela acusação.
> 12. Importa ressaltar, em casos que tais, que a competência do Tribunal de Justiça foi resguardada tanto pela Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Estaduais, quanto pela Lei nº 10.259/01, que criou os Juizados Especiais Federais, quando dispuseram, expressamente, que aquelas disposições de lei não seriam aplicadas aos processos penais cuja instrução já estivesse iniciada (art. 90), bem como não seriam remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação (art. 25), respectivamente. Trata-se, portanto, de competência residual da Justiça Comum, para julgar apelações interpostas contra sentenças condenatórias que dizem respeito à prática de crimes de menor potencial ofensivo. É o caso dos autos.
> 13. Nesse sentido é a jurisprudência dessa Suprema Corte, quando dita, também, que 'às disposições concernentes à jurisdição e competência se aplicam de imediato, mas, se já houver sentença relativa ao mérito, a causa prossegue na jurisdição em que ela foi prolatada, salvo se suprimido o Tribunal que deverá julgar o recurso'. (...)
> 15. Diante do exposto, opina o Ministério Público Federal pela concessão da ordem (f. 277/281).

## Voto

*O Senhor Ministro Cezar Peluso* (Relator) - 1. Colho dos autos que a denúncia foi oferecida contra o paciente em março de 2001 (f.19) e, portanto, quando não era ainda em vigor a Lei nº 10.259, de 7 de dezembro de 2001, que ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, submetendo o delito previsto no art. 10, § 1º, inc. III, da Lei nº 9.437/97, a processamento e julgamento pelos Juizados Especiais Criminais. Por essa razão, o feito, em que se imputava ao ora paciente tal delito, foi processado e julgado, em primeiro grau, pela Justiça Comum.

Da sentença condenatória, os recursos de apelação interpostos pela acusação e pela defesa subiram ao Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, onde, todavia, o Relator entendeu que a competência para julgá-los seria da Turma Recursal, à vista do disposto nos arts. 60 e 82 da Lei nº 9.099/95.

Ao declinar da competência, não viu, porém, o Magistrado que a Lei nº 10.259/01 tem

disposição específica que rege o direito intertemporal em relação aos processos então pendentes:

"Art. 25. Não serão remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação".

A norma atende à idéia de que

> só mesmo o direito positivo, vazado no critério da oportunidade, pode oferecer a temperança necessária à boa e regular marcha dos diversos atos realizados e a efetivarem-se ainda, num processo já iniciado, quando da entrada em vigor da nova lei. (...) É que, como adverte Giovanni Leone, nos casos de sucessão de leis processuais, se fazem necessárias normas específicas, destinadas a evitar os (de outra forma) inafastáveis prejuízos e incongruências derivados da brusca passagem de um ordenamento processual a outro; ou seja, a formulação de um direito transitório (TUCCI, Rogério Lauria. *Direito intertemporal e a nova codificação processual penal*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 7-9.8).

Diante de tão claro preceito, esta Corte tem professado que a Justiça Comum é a competente para julgar recursos interpostos contra decisões sobre delitos que, depois de instaurado o processo-crime, acabaram abrangidos pela ampliação do conceito de infrações de menor potencial ofensivo:

> A tramitação do processo com o rito ordinário demonstra a investidura do juízo na competência comum ordinária, mesmo que a condenação tenha sido por crime de menor potencial ofensivo.
> A competência para o julgamento da apelação é do Tribunal de Alçada, e não da Turma Recursal (*HC* nº 83.855, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 28.05.2004).

> É incompetente a Turma Recursal para julgar apelação de processo referente a crime de menor potencial ofensivo julgado na Justiça Comum, porquanto se trata de competência do Tribunal de Alçada (*HC* nº 84.566, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 12.11.2004). No mesmo sentido, cf. *HC* nº 83.055, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 10.08.2000.

Trancrevo voto do Min. Joaquim Barbosa no *habeas corpus* já citado:

"Por outro lado, ressalto ainda que tanto a Lei 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais estaduais, quanto a Lei 10.259/2001, que criou os Juizados Especiais federais, foram expressas em afirmar que não seriam aplicadas aos processos penais cuja instrução já estivesse iniciada (art. 90), bem como que não seriam remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação (art. 25), respectivamente.

> *Em conseqüência, permitiu-se que a Justiça Comum, residualmente, julgasse apelações interpostas contra sentenças condenatórias que diziam respeito à prática de crimes de menor potencial ofensivo* (*HC* nº 84.566, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 12.11.2004. Grifei).

2. Diante do exposto, defiro a ordem, para cassar a decisão proferida pela Turma Recursal do Juizado Especial da Comarca de Lavras/MG, determinando a remessa dos autos dos recursos de apelação ao tribunal competente para o seu julgamento, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

**Extrato de ata**

Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, em 07.03.2006.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocuradora-Geral da República, Dr.ª Cláudia Sampaio Marques.

*Ricardo Dias Duarte* - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 07.03.2006)

-:::-

## *HABEAS CORPUS* - CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - ATIPICIDADE - MOTORISTA QUE SE RECUSA A ENTREGAR DOCUMENTOS À AUTORIDADE DE TRÂNSITO - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

**- A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal. Hipótese em que o paciente, abordado por agente de trânsito, se recusou a exibir documentos pessoais e do veículo, conduta prevista no Código de Trânsito Brasileiro como infração gravíssima, punível com multa e apreensão do veículo (CTB, artigo 238).**

**- Ordem concedida.**

*HABEAS CORPUS* 88.452-1-RS - Relator: Ministro EROS GRAU

Paciente: Alexandre Quadros Machado. Impetrante: Itaguaci José Meirelles Corrêa. Coatora: Primeira Turma Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Porto Alegre.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conceder a ordem, nos termos do Relator.

Brasília-DF, 2 de maio de 2006. - *Ministro Eros Grau* - Relator.

**Relatório**

*O Sr. Ministro Eros Grau (Relator*) - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra ato da Primeira Turma Recursal Criminal da Comarca de Santo Ângelo/RS, consubstanciado na denegação de idêntico pleito.

2. O paciente foi condenado à pena de 3 (três) meses de detenção, convertida em prestação de serviços à comunidade, como incurso no artigo 330 do Código Penal (crime de desobediência). Como não se apresentou para o cumprimento da pena alternativa, o Juiz restaurou a reprimenda corporal, expedindo o mandado de prisão.

2. Em resumo, o paciente foi parado no trânsito e recusou-se a apresentar os documentos pessoais e do veículo, quando solicitados pelo soldado que o abordou.

3. A impetração tem três fundamentos:

(I) inexistência de defesa, considerada a inércia do defensor dativo;

(II) atipicidade da conduta, ao argumento de que a recusa em entregar os documentos acarreta tão-somente sanção administrativa, materializada, no caso, na multa aplicada e na remoção do veículo; e

(III) erro na fixação da pena-base, porque o Juiz fez constar da decisão que aplicava o mínimo legal para o tipo 15 (quinze) dias de detenção à míngua de circunstâncias desfavoráveis e acabou por torná-la definitiva em 3 (meses) de detenção, em flagrante incongruência. O impetrante afirma, ademais, que o paciente já cumpriu os 15 (quinze) dias de detenção, sendo forçosa a extinção da punibilidade.

4. Os pedidos são alternativos, para:

a) reconhecer a nulidade do processo, com a reabertura da dilação probatória a partir da audiência instrutória;
b) cassar a decisão condenatória, reconhecendo-se a atipicidade da conduta imputada ao paciente, com o édito de sua absolvição; e
c) mantido o processo e a condenação, seja corrigida a dosimetria da pena, de sorte que a pena corporal mínima prevista no artigo 330 do Código Penal, de 15 dias, seja a aplicada, com observância das regras favoráveis do artigo 59 do Código Penal.

5. O Ministro Celso de Mello, atuando em substituição ao Relator, na forma regimental (RISTF, art. 38, I), deferiu a liminar (f. 176/179).

6. A PGR manifesta-se pelo indeferimento da ordem (f. 193/198).

É o relatório.

**Voto**

*O Sr. Ministro Eros Grau (Relator*) - A PGR, ao consignar que o *habeas corpus* não é sucedâneo do recurso não utilizado pela parte, no caso a apelação, opõe obstáculo de ordem formal ao conhecimento do *writ*. Não obstante, analisa as questões de mérito e as refuta, opinando pela denegação da ordem.

2. Há duas correntes opostas, nesta Corte, quanto à utilização do *HC* como sucedâneo do recurso não interposto (favoravelmente a essa utilização, menciono o *HC* 83.346, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, *DJ* de 19.8.2005; contra, o R*HC* 83.625, 2ª Turma, Ellen Gracie, *DJ* de 30.4.2004). Filio-me à primeira corrente, favorável ao cabimento do *HC*, com a ressalva de que a nulidade argüida há de ser absoluta; logo, insuscetível de preclusão, como é o caso destes autos no que tange às alegações de inexistência de defesa técnica e de atipicidade da conduta.

3. Conheço da impetração.

4. O reconhecimento da atipicidade da conduta torna prejudiciais as teses de inexistência da defesa técnica e de erro na fixação da pena-base.

5. Peço vênia ao Ministro Celso de Mello para adotar fundamentação exaustiva sobre o tema, desenvolvida na decisão pela qual deferiu a liminar:

> *Decisão do Senhor Ministro Celso de Mello*: Esta decisão é por mim proferida em face da ausência eventual, desta Suprema Corte, do eminente Relator da presente causa (certidão à f. 174), justificando-se, em conseqüência, a aplicação da norma inscrita no art. 38, I, do RISTF.
>
> Os fundamentos em que se apóia esta impetração conferem, a meu juízo, densidade jurídica ao pleito ora deduzido nesta sede processual.
> Com efeito, a situação exposta nos presentes autos, analisada em sede de estrita delibação, parece evidenciar hipótese de possível ausência de tipicidade penal na conduta de que resultou a condenação do ora paciente à pena detentiva de 03 (três) meses, a ser cumprida em regime aberto, além da pena de multa, pela prática do crime de desobediência.
> Sustenta-se, a partir da interpretação dada ao art. 330 do CP, em consonância com o que dispõe o art. 238 da Lei nº 9.503/97, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, que não estaria configurada, na espécie, a tipicidade penal do comportamento atribuído ao ora paciente (f. 10/12), que se recusou a exibir, durante vistoria de trânsito, ao policial militar encarregado da diligência, os seus documentos e aqueles referentes ao veículo automotor que dirigia.
> A jurisprudência dos Tribunais, inclusive a desta Suprema Corte, orienta-se no sentido de que não se configura, no plano da tipicidade penal, o crime de desobediência (CP, art. 330), se a inexecução de determinada ordem, emanada de servidor público, revelar-se passível de sanção de caráter administrativo prevista em lei, como ocorre nos casos em que o condutor de veículo automotor se recusa a exibir, quando solicitado por agente de trânsito, os documentos de habilitação, de registro, de licenciamento de veículo e outros exigidos por lei (Código de Trânsito Brasileiro, art. 238).
> O exame da presente impetração, considerado o magistério jurisprudencial dos Tribunais em geral, inclusive o desta Suprema Corte (*RT* 368/265 - *RT* 502/336 - *RT* 543/347 - *RT* 613/413 - *RT* 715/533 - *RF* 189/336 - *Julgados do TACrim/SP*, vol. 72/287, *v.g.*), põe em evidência, na espécie, a plausibilidade jurídica da postulação veiculada nesta sede processual:
> '- 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* 86.254/RS, Rel. Min. Celso de Mello).
> 'Desobediência. Não-configuração. Infração de trânsito. Estacionamento irregular de veículo na via pública. Multa imposta ao acusado pelo fato

e também pela não-exibição dos documentos à autoridade. Absolvição decretada. Inteligência do art. 330 do CP. - Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime de desobediência, salvo se dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 do CP' (*RT* 534/327, Rel. Des. Camargo Sampaio).
'Desobediência. Delito não caracterizado. Acusado que se nega a exibir a documentação de veículo solicitada por guarda de trânsito. Infração sujeita, porém, à sanção administrativa, prevista no art. 83, XVII, do Código Nacional de Trânsito. Inteligência do art. 330 do Código Penal. - Deixará de existir o delito de desobediência se o descumprimento de uma ordem oficial estiver acompanhado de uma sanção de natureza administrativa, salvo se a lei ressalvar de maneira expressa a dupla penalidade: administrativa e penal' (*RT* 516/345, Rel. Juiz Camargo Aranha).
Cabe enfatizar, neste ponto, que essa orientação jurisprudencial encontra pleno apoio em autorizado magistério doutrinário (Damásio de Jesus, *Direito Penal - Parte Especial*, vol. 4, p. 219, 12ª ed., 2002, Saraiva):
'Inexiste desobediência se a norma extrapenal, civil ou administrativa já comina uma sanção sem ressalvar sua cumulação com a imposta no art. 330 do CP. Significa que inexiste o delito se a desobediência prevista na lei especial já conduz a uma sanção civil ou administrativa, deixando a norma extrapenal de ressalvar o concurso de sanções (a penal, pelo delito de desobediência, e a extrapenal). Ex. de sanções cumuladas: CPC, art. 362. Ex. de sanções não cumuladas: infração a regulamento de trânsito, desobediência ao Código de Menores etc. Assim, a recusa de retirar o automóvel de local proibido, que configura infração ao CNT, não constitui crime de desobediência. Isso porque a norma extrapenal prevê uma sanção administrativa e não ressalva a dupla penalidade'.
Essa mesma percepção do alcance do art. 330 do CP já era perfilhada por Nelson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, vol. IX, p. 417, 1958, Forense), cujo magistério, na matéria, assim versava o tema:
'Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 ...'.
Cumpre ter presente que esse entendimento é também registrado pelo magistério da doutrina (Julio Fabbrini Mirabete, *Código Penal Interpretado*, p. 2.444, 5ª ed., 2005, Atlas; Luiz Regis Prado, *Comentários ao Código Penal*, p. 1.017, 2002, RT; Fernando Capez, *Curso de Direito Penal*, vol. III, p. 481, 2004, Saraiva; Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. de Almeida Delmanto, *Código Penal Comentado*, p. 657, 6ª ed., 2002, Renovar; Cezar Roberto Bitencourt, *Código Penal Comentado*, p. 1.109, item n. 7, 3ª ed., 2005, Saraiva; Paulo José da Costa JR., *Código Penal Comentado*, p. 1.073, item n. 4, 8ª ed., 2005, DPJ Editora, *v.g.*).
Concorre, por igual, na espécie ora em exame, o requisito pertinente ao *periculum in mora* (f. 23), circunstância esta que me leva a deferir o pedido de medida cautelar, em ordem a suspender, até final julgamento da presente ação de *habeas corpus*, a eficácia da condenação penal que foi imposta, ao ora paciente, nos autos do Processo nº 203.0003949-5 (Juizado Especial Criminal adjunto da Comarca de Santo Ângelo/RS).
Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao MM. Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal adjunto da Comarca de Santo Ângelo/RS (Processo nº 203.0003949-5) e ao Senhor Presidente da Primeira Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul (*Habeas Corpus* nº 71000881532).
Uma vez cumprida esta decisão, encaminhem-se estes autos ao gabinete do eminente Relator, para efeito de ulterior deliberação de Sua Excelência.

Concedo a ordem, para anular, por atipicidade, a condenação imposta ao paciente.

**Extrato de ata**

Decisão: Concedida a ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, em 02.05.2006.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Subprocuradora-Geral da República, Dr.ª Sandra Verônica Cureau.

(Publicado no *DJU* de 19.05.2006.)

*Carlos Alberto Cantanhede* - Coordenador.

-:::-

## *HABEAS CORPUS* - LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS - TRANSAÇÃO PENAL - DESCUMPRIMENTO: DENÚNCIA - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - REVOGAÇÃO - AUTORIZAÇÃO LEGAL

**1. Descumprida a transação penal, há de se retornar ao *statu quo ante* a fim de possibilitar ao Ministério Público a persecução penal. (Precedentes.)**

**2. A revogação da suspensão condicional decorre de autorização legal, sendo ela passível até mesmo após o prazo final para o cumprimento das condições fixadas, desde que os motivos estejam compreendidos no intervalo temporal delimitado pelo juiz para a suspensão do processo. (Precedentes.)**

**Ordem denegada.**

*HABEAS CORPUS* 88.785-6-SP - Relator: Ministro EROS GRAU

Paciente: Erivelton Albino dos Santos. Impetrantes: PGE-SP - Patrícia Helena Massa Arzabe (assistência judiciária). Coator: Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 13 de junho de 2006. - *Ministro Eros Grau* - Relator.

**Relatório**

*O Senhor Ministro Eros Grau* - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, no qual é apontada como autoridade coatora Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo.

2. O paciente é acusado da prática do crime descrito no art. 129, *caput,* c/c o § 7º desse mesmo artigo e com o art. 61, II, *e*, todos do Código Penal.

3. Aceitou a proposta de transação penal de prestação pecuniária no valor de R$ 67,00 (sessenta e sete reais), a ser paga a uma instituição de caridade, ficando ciente de que o inadimplemento acarretaria oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Requereu a prorrogação do prazo para efetuar o pagamento, no que foi atendido. Como mais uma vez não cumpriu a proposta, foi intimado pessoalmente para fazê-lo, permanecendo inerte.

4. Ante a desídia, o Ministério Público ofereceu denúncia e propôs a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), o que foi aceito pelo paciente e seu defensor. Entre as condições, o compromisso de apresentar-se mensalmente em juízo para informar e justificar suas atividades. Em face do não-comparecimento, foi intimado pessoalmente a apresentar justificativa, mas não atendeu ao chamado judicial, sobrevindo a revogação do benefício.

5. À decisão revocatória seguiram-se recurso de apelação e *habeas corpus*; ante a denegação deste, a impetração do presente writ.

6. A impetrante alega, em síntese, que (I) o Juiz, "ao condicionar a homologação da transação penal ao cumprimento da obrigação avençada", não agiu corretamente; (II) não havendo que se condicionar a homologação ao cumprimento da obrigação, a sentença homologatória produz coisa julgada, impedindo a propositura de ação penal, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial; (III) a execução da pena de prestação pecuniária deve ser buscada no juízo competente; (IV) admitir nova tutela jurisdicional através de nova punição ao acusado por fato já devidamente apenado anteriormente caracteriza *bis in idem*; e (V) a revogação da suspensão condicional do processo e o indevido andamento do feito configuram constrangimento ilegal.

7. Requer a concessão de liminar para que sejam anulados o despacho que recebeu a denúncia e todos os atos subseqüentes. No mérito, requer a concessão definitiva da ordem, a fim de que o processo seja trancado.

8. A liminar foi indeferida.

9. A PGR é pela denegação.

É o relatório.

**Voto**

*O Senhor Ministro Eros Grau* (Relator) - A jurisprudência pacífica de ambas as Turmas desta Corte é no sentido de que, descumprida a transação penal, há de se retornar ao *statu quo ante*, possibilitada ao Ministério Público a persecução penal (*HC* 79.572, Marco Aurélio, 1ª Turma, *DJ* de 22.2.2002; 80.802, Ellen Gracie, 1ª Turma, *DJ* de 18.5.2001; 84.976, Carlos Britto, 2ª Turma, *Informativo* nº 402; e o RE 268.320, Octavio Gallotti, *DJ* de 10.11.2000).

2. No que tange à revogação da suspensão condicional do processo, há autorização legal para tanto (cf. art. 89, § 1º, IV, da Lei nº 9.099/95), sendo ela possível até mesmo após o prazo final para o cumprimento das condições fixadas, desde que os motivos estejam compreendidos no intervalo temporal delimitado pelo juiz para a suspensão do processo (cf. os *HC* 80.747, Sepúlveda Pertence, *DJ* de 19.10.2001; 84.890, Sepúlveda Pertence, *DJ* de 03.12.2004; 84.660, Carlos Britto, *DJ* de 25.11.2005 e 84.746, Marco Aurélio, *DJ* de 31.03.2006).

3. É perfeita a observação do Subprocurador-Geral da República de que

> não é demais lembrar que o paciente, por várias vezes beneficiado com os favores legais, quedou-se inerte ao seu cumprimento, sendo esclarecedora a afirmação constante do acórdão impugnado no sentido de que 'Aliás, o que pretende o combativo defensor é um passaporte para a impunidade. O paciente fez acordo de transação penal e não honrou. Novamente beneficiado com a suspensão condicional do processo, não o cumpriu'.

Denego a ordem.

**Extrato de ata**

Decisão: A Turma, por votação unânime, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 13.06.2006.

Presidência do Sr. Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Srs. Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

*Carlos Alberto Cantanhede* - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 04.08.2006.)

-:::-

# ÍNDICE NUMÉRICO

## Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais


| NÚMERO | ESPÉCIE | COMARCA | RELATOR: DES. | PÁG. |
|---|---|---|---|---|
| | | JURISPRUDÊNCIA CÍVEL | | |
| 1.0000.05.422640-2/000 | MS | Belo Horizonte | Duarte de Paula | 274 |
| 1.0000.05.428783-4/000 | MS | Belo Horizonte | Wander Marotta | 78 |
| 1.0015.04.021578-0/001 | Ap.Cível | Além Paraíba | Roberto Borges de Oliveira | 96 |
| 1.0024.00.058783-2/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Eduardo Mariné da Cunha | 193 |
| 1.0024.00.071388-3/001 | Agravo | Belo Horizonte | Alvimar de Ávila | 71 |
| 1.0024.01.082809-3/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | José Affonso da Costa Côrtes | 254 |
| 1.0024.02.713602-7/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | D. Viçoso Rodrigues | 227 |
| 1.0024.02.734268-2/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Antônio de Pádua | 177 |
| 1.0024.02.797812-1/002 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Unias Silva | 171 |
| 1.0024.03.064606-1/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Audebert Delage | 85 |
| 1.0024.03.132799-2/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | José Amancio | 260 |
| 1.0024.03.152958-9/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Evangelina Castilho Duarte | 81 |
| 1.0024.03.166281-0/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Renato Martins Jacob | 159 |
| 1.0024.03.925502-1/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Heloísa Combat | 198 |
| 1.0024.04.197153-2/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Teresa Cristina da Cunha Peixoto | 113 |
| 1.0024.04.286732-5/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Domingos Coelho | 87 |
| 1.0024.04.299922-7/002 | Agravo | Belo Horizonte | Dárcio Lopardi Mendes | 135 |
| 1.0024.04.374119-8/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Fernando Caldeira Brant | 280 |
| 1.0024.04.386192-1/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Alvim Soares | 76 |
| 1.0024.04.386266-3/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Márcia de Paoli Balbino | 310 |
| 1.0024.04.390082-8/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Dídimo Inocêncio de Paula | 221 |
| 1.0024.04.426433-1/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Isalino Lisbôa | 263 |
| 1.0024.04.438958-3/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Manuel Saramago | 182 |
| 1.0024.04.440235-2/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Nepomuceno Silva | 165 |
| 1.0024.04.443896-8/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Nilo Lacerda | 308 |
| 1.0024.05.580958-6/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | José Flávio de Almeida | 189 |
| 1.0024.05.627783-3/002 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Lucas Pereira | 285 |
| 1.0024.05.693951-5/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Guilherme Luciano Baeta Nunes | 212 |
| 1.0024.05.698243-2/001 | Agravo | Belo Horizonte | Brandão Teixeira | 236 |
| 1.0024.05.699448-6/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Ernane Fidélis | 122 |
| 1.0024.05.705617-8/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Eduardo Andrade | 244 |
| 1.0024.05.730491-7/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Almeida Melo | 256 |
| 1.0024.05.733553-1/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Albergaria Costa | 271 |
| 1.0024.05.787518-9/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Eulina do Carmo Almeida | 99 |
| 1.0024.05.814665-5/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Sebastião Pereira de Souza | 306 |
| 1.0024.05.823581-3/002 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Pedro Bernardes | 301 |
| 1.0024.05.824180-3/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Fabio Maia Viani | 62 |
| 1.0024.96.033078-5/001 | Agravo | Belo Horizonte | Kildare Carvalho | 65 |
| 1.0024.99.087600-5/001 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Francisco Figueiredo | 158 |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 1.0034.01.002664-8/001 | Ap.Cível | AraçuaíJosé | Francisco Bueno | 102 |
| 1.0049.04.006036-7/001 | Ap.Cível | Baependi | Alberto Vilas Boas | 186 |
| 1.0079.04.121793-0/001 | Ap.Cível | Contagem | Valdez Leite Machado | 218 |
| 1.0081.04.000693-4/001 | Ap.Cível | Bonfim | José Domingues Ferreira Esteves | 234 |
| 1.0105.03.078111-3/001 | Reex. Nec. | Gov. Valadares | Jarbas Ladeira | 66 |
| 1.0105.05.149651-8/001 | Agravo | Gov. Valadares | Mauro Soares de Freitas | 299 |
| 1.0112.03.035399-2/001 | Agravo | Campo Belo | Geraldo Augusto | 143 |
| 1.0123.04.008259-6/001 | Agravo | Capelinha | Maciel Pereira | 64 |
| 1.0145.05.223052-4/001 | Ap.Cível | Juiz de Fora | Saldanha da Fonseca | 110 |
| 1.0151.02.004300-7/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Cássia | Cláudio Costa | 242 |
| 1.0287.01.001527-2/001 | Ap.Cível | Guaxupé | Batista de Abreu | 208 |
| 1.0309.05.006575-9/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Inhapim | Schalcher Ventura | 128 |
| 1.0322.05.978182-1/001 | Ap.Cível | Itaguara | Pinheiro Lago | 89 |
| 1.0338.02.007164-7/001 | Agravo | Itaúna | Caetano Levi Lopes | 92 |
| 1.0382.04.045120-7/001 | Ap.Cível | Lavras | Silas Vieira | 145 |
| 1.0421.05.978279-5/001 | Ap.Cível | Miradouro | Moreira Diniz | 277 |
| 1.0439.05.041641-1/001 | Agravo | Muriaé | Belizário de Lacerda | 74 |
| 1.0443.04.015085-8/001 | Ap.Cível | Nanuque | Maria Elza | 155 |
| 1.0452.04.011478-0/001 | Ap.Cível | Nova Serrana | Francisco Kupidlowski | 206 |
| 1.0452.06.023071-4/001 | Agravo | Nova Serrana | José Antônio Braga | 296 |
| 1.0471.03.007466-3/001 | Agravo | Pará de Minas | Nilson Reis | 61 |
| 1.0474.03.008273-6/001 | Ap.Cível | Paraopeba | Corrêa de Marins | 112 |
| 1.0476.04.000362-8/001 | Ap.Cível | Passa-Quatro | Edivaldo George dos Santos | 93 |
| 1.0479.99.007731-1/001 | Ap.Cível | Passos | Tarcisio Martins Costa | 215 |
| 1.0480.05.069904-4/001 | Ap.Cível | Patos de Minas | Vanessa Verdolim H. Andrade | 176 |
| 1.0515.05.014147-9/001 | Agravo | Piumhi | Célio César Paduani | 120 |
| 1.0518.04.060274-1/001 | Ap.Cível | Poços de Caldas | Dorival Guimarães Pereira | 247 |
| 1.0518.05.084934-9/001 | Agravo | Poços de Caldas | Edilson Fernandes | 185 |
| 1.0672.00.029011-0/001 | Ap.Cível | Sete Lagoas | Otávio Portes | 290 |
| 1.0672.01.048670-8/001 | Ap.Cível | Sete Lagoas | Irmar Ferreira Campos | 282 |
| 1.0672.04.128844-6/001 | Ap.Cível | Sete Lagoas | Fernando Bráulio | 246 |
| 1.0672.05.182927-9/001 | Ap.Cível | Sete Lagoas | Luciano Pinto | 258 |
| 1.0672.98.014273-7/001 | Ap.Cível | Sete Lagoas | Pereira da Silva | 201 |
| 1.0672.99.000816-7/001 | Ap.Cível | Sete Lagoas | Elias Camilo | 139 |
| 1.0687.03.020168-9/001 | Ap.Cível | Timóteo | Edgard Penna Amorim | 130 |
| 1.0687.05.035535-7/001 | Ap.Cível | Timóteo | Antônio Sérvulo | 69 |
| 1.0702.04.129976-0/001 | Ap.Cível | Uberlândia | Maurício Barros | 151 |
| 1.0713.04.040500-1/001 | Ap.Cível | Viçosa | Afrânio Vilela | 266 |
| 2.0000.00.485588-1/000 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Selma Marques | 231 |
| 2.0000.00.488594-1/000 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Alberto Aluízio Pacheco de Andrade | 270 |
| 2.0000.00.493691-8/000 | Ap.Cível | Belo Horizonte | Osmando Almeida | 104 |
| 2.0000.00.503302-1/000 | Ap.Cível | Divinópolis | Elpídio Donizette | 123 |
| 2.0000.00.507790-7/000 | Ap.Cível | Betim | Hilda Teixeira da Costa | 251 |
| 2.0000.00.514966-2/000 | Ap.Cível | Paraopeba | Mota e Silva | 316 |


JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL


| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 1.0000.05.423084-2/000 | Conf.Neg.Jurisd. | Buenópolis | Armando Freire | 399 |
| 1.0000.05.427377-6/000 | Conf.Neg.Jurisd. | Lavras | William Silvestrini | 323 |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 1.0000.05.427839-5/001 | Rec. de Agravo | Gov. Valadares | Jane Silva | .332 |
| 1.0000.05.432130-2/000 | *HC* | Pedro Leopoldo | José Antonino Baía Borges | .391 |
| 1.0000.06.432282-9/000 | Desaforamento | Novo Cruzeiro | Gudesteu Biber | .364 |
| 1.0024.01.042560-1/001 | Ap.Crim. | Belo Horizonte | Alexandre Victor de Carvalho | 351 |
| 1.0024.03.086174-4/001 | Ap.Crim. | Belo Horizonte | Delmival de Almeida Campos | 366 |
| 1.0040.04.025492-8/001 | Ap.Crim. | Araxá | Beatriz Pinheiro Caires | .334 |
| 1.0079.04.123671-6/001 | Rec.Sent.Estr. | Contagem | Herculano Rodrigues | .350 |
| 1.0143.02.001772-7/001 | Ap.Crim. | Carmo do Paranaíba | Eduardo Brum | .374 |
| 1.0145.04.128061-4/001 | Ap.Crim. | Juiz de Fora | Antônio Armando dos Anjos | 356 |
| 1.0183.04.066860-4/001 | Rec.Sent.Estr. | Cons. Lafaiete | Ediwal José de Morais | .326 |
| 1.0216.05.031883-3/001 | Ap.Crim. | Diamantina | Sérgio Braga | .396 |
| 1.0231.04.016599-6/001 | Ap.Crim. | Ribeirão das Neves | Hyparco Immesi | .403 |
| 1.0287.03.013614-0/001 | Ap.Crim. | Guaxupé | Edelberto Santiago | .362 |
| 1.0303.05.978356-1/001 | Ap.Crim. | Iguatama | Walter Pinto da Rocha | .380 |
| 1.0343.05.978127-2/001 | Ap.Crim. | Itumirim | Márcia Milanez | .342 |
| 1.0431.03.006615-0/002 | Ap.Crim. | Monte Carmelo | Paulo Cézar Dias | .338 |
| 1.0433.05.151629-5/001 | Ap.Crim. | Montes Claros | Eli Lucas de Mendonça | .377 |
| 1.0476.04.000610-0/001 | Ap.Crim. | Passa-Quatro | Reynaldo Ximenes Carneiro | 393 |
| 1.0692.03.900018-1/001 | Ap.Crim. | Tombos | Antônio Carlos Cruvinel | .345 |
| 1.0702.04.151008-3/001 | Ap.Crim. | Uberlândia | Hélcio Valentim | .370 |
| 1.0702.04.188566-7/001 | Ap.Crim. | Uberlândia | Vieira de Brito | .385 |
| 2.0000.00.515164-2/000 | Ap.Crim. | Contagem | Maria Celeste Porto | .328 |


## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA


| NÚMERO-UF | ESPÉCIE | RELATOR: MINISTRO | PÁG. |
|---|---|---|---|
| 10.388-SP | MC | Luiz Fux | 430 |
| 45.278-SP | *HC* | Gilson Dipp | 443 |
| 49.607/SP | *HC* | Gilson Dipp | 446 |
| 408.007-RS | REsp | João Otávio de Noronha | 421 |
| 521.697-RJ | REsp | Cesar Asfor Rocha | 423 |
| 728.004-RS | REsp | Felix Fischer | 433 |
| 736.627-PR | REsp | Carlos Alberto Menezes Direito | 409 |
| 785.489-DF | REsp | Castro Meira | 407 |


## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL


| NÚMERO-UF | ESPÉCIE | RELATOR: MINISTRO | PÁG. |
|---|---|---|---|
| 86.021-4-MG | *HC* | Cezar Peluso | 472 |
| 88.452-1-RS | *HC* | Eros Grau | 476 |
| 88.785-6-SP | *HC* | Eros Grau | 479 |
| 200.379-4-SP | RE no ED-ED-EDV | Sepúlveda Pertence | 459 |
| 297.901-5-RN | RE | Ellen Gracie | 468 |
| 446.003-3-PR | Ag.Reg no RE | Celso de Mello | 465 |
| 558.168-0-RJ | Ag.Reg no Agr.Instr. | Cezar Peluso | 463 |
| 564.765-6-RJ | Ag.Instr.RE | Sepúlveda Pertence | 469 |


-:::-

# ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

**- A -**


**ABERTURA DE CRÉDITO**

Conta corrente - Demonstrativo do débito - Extrato bancário - Testemunha - Assinatura - Título executivo extrajudicial . . . . . **290**

**ABSOLVIÇÃO**

Crime de trânsito - Homicídio culposo - Teoria da imputação objetiva - Risco permitido - Culpa exclusiva da vítima - Nexo causal - Previsibilidade objetiva - Ausência . . . . **351**

Usurpação da função pública - Serviço funerário - Permissão - Licitação - Inexigibilidade - Dolo - Ausência - Atipicidade . . . . . **393**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Contrato administrativo - Município - Advogado - Elaboração de parecer - Notória especialização - Licitação - Inexigibilidade . . . . . **247**

Honorários de advogado - Custas - Não-cabimento - Litigância de má-fé - Não-ocorrência (STJ) . . . . . **407**

Improbidade administrativa - Bens indisponíveis - Dissipação - Ausência de perigo . . . . . **74**

Liminar - Transferência de presos - Reforma de presídio - Prazo - Ausência de razoabilidade . . **64**

**AÇÃO COMINATÓRIA**

Obrigação de não fazer - Marca de indústria - Uso indevido - Concorrência desleal . . **296**

**AÇÃO DE COBRANÇA**

Desistência - Custas - Honorários de advogado - Pagamento - Art. 26 do CPC . . . . . **246**

Despesas - Transbordo - Ônibus - Irregularidade - Apreensão - Requisição - Empresa autorizada - Pagamento . . . . . **198**

Pensão por morte - Interesse de incapaz - Ministério Público - Intervenção em segunda instância - Prescrição - Não-ocorrência - Juros de mora - Percentual - Termo inicial . . . . **263**

Plano de saúde - Despesas médico-hospitalares - Parto prematuro - Recém-nascido - Emergência - Carência - Inexigibilidade . . . . . **227**

Previdência privada - Reserva de poupança - Restituição - Correção monetária - Incidência . . . . . **221**

Seguro - Veículo - Roubo - Recuperação - Defeito - Uso - Inviabilidade - Indenização - Valor da apólice . . . . . **231**

Seguro de vida - Suicídio premeditado - Seguradora - Ônus da prova . . . . . **96**

Taxa de condomínio - Promessa de compra e venda - Rescisão - Proprietário do imóvel - Obrigação *propter rem* . . . . . **280**

**AÇÃO DE USUCAPIÃO** - Vide: Usucapião

**AÇÃO DECLARATÓRIA**

Inexistência de obrigação - Letra de câmbio - Emissão - Cláusula-mandato - Cláusula potestativa - Nulidade . . . . . **282**

Nulidade - Cláusula contratual - Cédula de crédito comercial - Juros compostos - Admissibilidade - Comissão de permanência - Indeterminação - Cláusula potestativa . **139**

Nulidade - Duplicata - Protesto de título - Leilão eletrônico - Bem móvel - Defeito - Fotografia - Internet - Não-demonstração - Dever de informar . . . . . **212**

**AÇÃO PENAL**

Trancamento - Impossibilidade - Denúncia - Recebimento - Rejeição posterior - Preclusão . **350**

**AÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

Pensão por morte - Avó - Guarda de menor - Estado - Ipsemg - Legitimidade passiva . **113**

**AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO**
Cheque especial - Ausência do contrato - Banco - Inversão do ônus da prova . . . . . **308**

Confissão de dívida - Comissão de permanência - Multa - Juros de mora - Cumulação - Cláusula potestativa . . . . . **99**

Financiamento habitacional - Relação de consumo - Desequilíbrio contratual - Controle judicial - Possibilidade . . . . . **171**

Instituição financeira - Juros - Multa contratual - Comissão de permanência - Taxa de mercado - Cláusula potestativa - Nulidade . . . **251**

**ACIDENTE DE TRÂNSITO**
Indenização - Dano moral - Ato ilícito - Preposto - Culpa - Seguro - Danos pessoais . . . **316**

Indenização - Danos morais e materiais - Atropelamento - Criança - Culpa *in vigilando* . . **206**

Indenização - Seguro - Motorista - Falta de habilitação para dirigir veículo - Agravamento do risco - Improcedência do pedido . . . . . **87**

**ADCT**
Art. 19 - Servidor público - Estabilidade - Direito adquirido . . . . . **78**

**ADIANTAMENTO DA LEGÍTIMA**
Excesso - Juízo do inventário - Doação a descendente - Alienação de bens - Procuração - Exercício regular de direito . . . . . **201**

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**
Poder de polícia - Transporte de passageiros - Veículo de aluguel - Fretamento - Autorização . . . . . **236**

Revisão de aposentadoria - Anulação do ato - Prazo - Lei Estadual 14.184/2002 . . . . **122**

Servidor público - Remoção - Ausência de motivação - Nulidade do ato . . . . . **128**

**ADVOGADO**
Elaboração de parecer - Notória especialização - Contrato administrativo - Município - Licitação - Inexigibilidade . . . . . **247**

Réu preso - Direito a entrevista - Interrogatório - Ausência de citação - Nulidade - Princípio da ampla defesa . . . . . **356**

Vide também: Defensor dativo - Honorários de advogado

***AFFECTIO SOCIETATIS***
Quebra - Sociedade comercial - Dissolução parcial - Retirada de sócio - Apuração de haveres - Cláusula contratual - Prevalência - Art. 1.031, *caput* e § 2º, do CC/2002 . . . . . **104**

**AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES** - Vide: Anatel

**AGENTE POLÍTICO**
Improbidade administrativa - Bens indisponíveis - Dissipação - Ausência de perigo . . . . . **74**

**AGRAVAMENTO DO RISCO** - Vide: Seguro

**AGRAVO**
Caráter abusivo - Litigância de má-fé - Multa - Aplicação - Art. 557, § 2º, c/c art. 14, II e III, e 17, VII, do CPC (STF) . . . . . **463**

**ALIENAÇÃO DE BENS**
Credor pignoratício - Ausência de consentimento - Dolo - Defraudação de penhor . . . . **374**

Procuração - Vício de consentimento - Não-configuração - Exercício regular de direito - Doação a descendente - Adiantamento da legítima . . . . . **201**

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**
Busca e apreensão - Mora *ex re* - Notificação pessoal - Prescindibilidade - Decreto-lei 911/69 - Constitucionalidade . . . . . **306**

Busca e apreensão - Veículo - Constituição em mora - Ausência - Extinção do processo . **139**

**ALVARÁ JUDICIAL**
Controle de zoonose - Imóvel urbano - Relevância pública - Tutela específica . . . . . **301**

**AMEAÇA A TESTEMUNHA** - Vide: Prisão preventiva

**AMPLA DEFESA** - Vide: Direito de defesa - Princípio da ampla defesa

**ANATEL**
Resolução 432/2006 - Decreto 4.733/2003 - Telefonia fixa - Pulsos excedentes - Fatura - Detalhamento - Obrigatoriedade - Termo inicial . . . . . **110**

Vide também: VoIP versus ICMS - Fernando Neto Botelho (doutrina)

**ANIMAL** - Vide: Condomínio

**APELAÇÃO CRIMINAL**
Direito de recorrer - Renúncia - Princípio da disponibilidade . . . . . **396**

**APÓLICE** - Vide: Seguro

**APOSENTADORIA**
Revisão - Administração Pública - Anulação do ato - Prazo - Lei Estadual 14.184/2002 . . . . . **122**

**APOSENTADORIA POR INVALIDEZ**
Servidor público estadual - Proventos integrais - Lei 869/52 - Rol de doenças não taxativo . **76**

**APURAÇÃO DE HAVERES** - Vide: Sociedade comercial

**ARMA**
Arma de brinquedo - Grave ameaça - Concurso de pessoas - Roubo qualificado - Furto - Desclassificação - Impossibilidade . . . . **328**

Arma de fogo - Concurso de pessoas - Roubo qualificado - Interrogatório - Réu preso - Ausência de citação - Advogado - Direito a entrevista - Nulidade . . . . . **356**

Arma de fogo - Concurso de pessoas - Roubo qualificado - Pena - Fixação acima do mínimo - Confissão espontânea - Reincidência - Preponderância - Ausência de laudo pericial - Voto vencido . . . . . **366**

Emprego de arma - Concurso de pessoas - Porte ilegal - Pena restritiva de direitos - *Sursis* - Incompatibilidade . . . . . **403**

Emprego de arma - Concurso de pessoas - Quadrilha - Crime continuado - Maior número de infração - Competência por conexão - Art. 78, II, *b*, do CPP . . . . . **399**

Emprego de arma - Concurso de pessoas - Restrição à liberdade da vítima - Roubo qualificado . . . . . **385**

**ARMA DE BRINQUEDO**
Grave ameaça - Concurso de pessoas - Roubo qualificado - Furto - Desclassificação - Impossibilidade . . . . . **328**

**ARRAS**
Perda - Multa compensatória - Cumulação - Ausência de previsão contratual - Impossibilidade . . . . . **177**

**ARREMATAÇÃO** - Vide: Auto de arrematação

**ARROLAMENTO**
Inventário - Partilha amigável - Herdeiros - Posterior dissenso - Inventariante - Prestação de contas - Art. 991, VII, do CPC . . . . . **100**

**ASSALTO A MÃO ARMADA** - Vide: *Shopping center*

**ASSINATURA DIGITALIZADA** - Vide: Ato processual (STF)

**ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**
Custas - Isenção - Defesa - Núcleo de prática jurídica universitária . . . . . **385**

**ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR** - Vide: Medicamento

**ATIPICIDADE** - Vide: Usurpação da função pública

**ATO ADMINISTRATIVO**
Portaria - ANP - Crime contra a ordem econômica - Norma penal em branco - Tipicidade . . **326**

Remoção - Servidor público - Ausência de motivação - Nulidade - Mandado de segurança - Concessão . . . . . **128**

**ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS -** Vide: ADCT

**ATO ILÍCITO**
Indenização - Dano moral - Acidente de trânsito - Preposto - Culpa - Seguro - Danos pessoais . . . . . **316**

Indenização - Dano moral - Policial militar - Assassinato em dia de folga - Fato do serviço - Teoria do risco administrativo . . . . . **151**

**ATO PROCESSUAL**
Chancela eletrônica - Regulamentação do uso - Exigibilidade (STF) . . . . . **469**

**ATROPELAMENTO** - Vide: Acidente de trânsito

**AUTARQUIA**
Resolução - Permissão administrativa - Incompetência - Máquina "caça-níqueis" - Apreensão - Indenização - Improcedência do pedido . . . . . **165**

**AUTO DE ARREMATAÇÃO**
Assinatura posterior ao pedido de remição - Flexibilização do prazo - Art. 788, I, do CPC . . . . . **143**

**AUTO DE INFRAÇÃO**
Banca de revista - Material inadequado para menor - Acondicionamento deficiente - Infração administrativa - Multa - Comerciante - Legitimidade passiva . . . . . **85**

Vide também: Infração administrativa

**AUTORIA**
Materialidade - Incêndio - Dano qualificado - Desclassificação - Impossibilidade - Casa habitada - Causa de aumento de pena . **342**

Materialidade - Prova - Furto - Falsa identidade - Concurso material - Condenação . . . . . **396**

Materialidade - Prova - Lesão corporal grave - Deformidade permanente - Legítima defesa - Não-configuração . . . . . **362**

**AUTORIDADE COATORA** - Vide: Mandado de segurança

**- B -**

**BANCO**
Cheque especial - Ação revisional - Ausência do contrato - Inversão do ônus da prova - Facilitação da defesa do consumidor . . . . . **308**

Vide também: Instituição financeira

**BASE DE CÁLCULO**
Redução - ICMS - Saída de mercadoria - Princípio da não-cumulatividade . . . . . **145**

**BEM IMÓVEL**
Compra e venda - Financiamento - Relação de consumo - Desequilíbrio contratual - Controle judicial - Possibilidade . . . . . **171**

Imóvel rural - Localização em outro Estado - Propriedade de terceiro - Penhora - Nomeação de bens - Ineficácia - Recusa pelo credor . . . . . **185**

Imóvel urbano - Controle de zoonose - Relevância pública - Alvará judicial - Tutela específica . . . . . **301**

Incorporação imobiliária - Registro de imóveis - Ausência - Unidade autônoma - Outorga de escritura - Impossibilidade . . . . . **254**

Posse - Pessoa jurídica - Sócio - Ilegitimidade ativa - Usucapião - Imóvel . . . . . **112**

Promessa de compra e venda - Inadimplemento - Rescisão contratual - Devolução das parcelas pagas . . . . . **177**

Promessa de compra e venda - Rescisão - Taxa de condomínio - Proprietário do imóvel - Obrigação *propter rem* . . . . . **280**

Terreno urbano - Ausência de registro - Terra devoluta - Inexistência de prova - Usucapião - Procedência do pedido . . . . . **93**

**BEM MÓVEL**
Defeito - Fotografia - Internet - Não-demonstração - Dever de informar - Leilão eletrônico - Duplicata - Nulidade . . . . . **212**

Veículo - Locação - Obrigação de dar ou entregar - ISS - Não-incidência (STF) . . . . . **465**

Veículo - Penhora - Execução fiscal - Alienação - Tentativas frustradas - Leiloeiro público - Indicação pelo credor . . . . . **92**

Vide também: Veículo

**BENEFICIÁRIO** - Vide: Previdência privada

**BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO**

Pensão por morte - Avó - Guarda de menor - Estado - Ipsemg - Ação previdenciária - Legitimidade passiva . . . . . **113**

Pensão por morte - Interesse de incapaz - Ministério Público - Intervenção em segunda instância - Prescrição - Não-ocorrência - Juros de mora - Percentual - Termo inicial . . . . **263**

**BOA-FÉ** - Vide: Terceiro de boa-fé

**BUSCA E APREENSÃO**

Alienação fiduciária - Mora *ex re* - Notificação pessoal - Prescindibilidade - Decreto-lei 911/69 - Constitucionalidade . . . . . **306**

Veículo - Alienação fiduciária - Constituição em mora - Ausência - Extinção do processo . **139**

**- C -**

**CADASTRO DE INADIMPLENTES**

Inscrição de nome - Banco - Serviço defeituoso - Indenização - Dano moral . . . . . **69**

Inscrição de nome - Compensação de dívidas - Extinção do débito - Dano moral - Não-caracterização - Exercício regular de direito . . **159**

**CADEIA PÚBLICA** - Vide: Presídio

**CARÊNCIA** - Vide: Período de carência

**CASAMENTO**

Duplicidade - Impedimento - Direito dos conviventes - Competência - Vara de Família - Pensão previdenciária . . . . . **158**

**CAUSA DE AUMENTO DE PENA**

Casa habitada - Incêndio - Autoria - Materialidade - Dano qualificado - Desclassificação - Impossibilidade . . . . . **342**

Roubo - Arma de fogo - Ausência de laudo pericial - Prova - Testemunha - Voto vencido . . . 366

Vítima menor de 14 anos - Maus-tratos - Qualificadora - Lesão corporal grave - Fixação da pena . . . . . **334**

Vide também: Roubo qualificado

**CEASA** - Vide: Furto

**CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL**

Juros compostos - Admissibilidade . . . . . **139**

**CERCEAMENTO DE DEFESA**

Não-ocorrência - Perícia - Honorários - Intimação - Não-pagamento - Preclusão . . . . . **290**

**CHANCELA ELETRÔNICA** - Vide: Ato processual (STF)

**CHEQUE**

Assinatura falsa - Laudo pericial - Desnecessidade - Estelionato - Crime consumado - Reparação do dano - Irrelevância . . . . **380**

Atipicidade conglobante e crime de fraude no pagamento por meio de cheque - Amaury Silva (doutrina) . . . . . **21**

Emissão - Pessoa jurídica - Contrato social - Exigência de assinatura de todos os sócios - Terceiro de boa-fé - Validade do título . **258**

**CHEQUE ESPECIAL**

Ação revisional - Ausência do contrato - Banco - Inversão do ônus da prova . . . . . **308**

**CHEQUE SEM FUNDOS** - Vide: Fraude no pagamento por meio de cheque (doutrina)

**CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE**

Reincidência - Circunstâncias judiciais - Fixação da pena - Roubo qualificado . . **328**

Reincidência - Preponderância - Confissão espontânea - Roubo qualificado - Concurso

de pessoa - Arma de fogo - Ausência de laudo pericial - Voto vencido . . . . . **366**

**CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE**

Confissão espontânea - Reconhecimento pelo Tribunal *ad quem* - Possibilidade . . . . . **338**

Confissão espontânea - Reincidência - Preponderância - Roubo qualificado - Concurso de pessoa - Arma de fogo - Ausência de laudo pericial - Voto vencido . . . . . **366**

Pena - Fixação aquém do mínimo legal - Impossibilidade (STJ) . . . . . **433**

**CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS**

Fixação da pena - Agravante - Reincidência - Roubo qualificado . . . . . **328**

Fixação da pena - Mínimo legal - Regime semiaberto - Roubo - Extorsão - Crime continuado . . . . . **370**

Pena privativa de liberdade - Pena de multa - Princípios da individualização da pena e da proporcionalidade (STJ) . . . . . **446**

Sentença - Fundamentação - Nulidade - Não-ocorrência - Pena - Fixação acima do mínimo legal . . . . . **366**

**CIRURGIA**

Cirurgia plástica - Obrigação de resultado - Erro médico - Culpa presumida - Indenização - Danos morais e estéticos . . . . . **81**

Erro médico - Negligência - Prova - Hospital - Operadora de plano de saúde - Responsabilidade solidária . . . . . **285**

**CIRURGIA PLÁSTICA** - Vide: Cirurgia

**CITAÇÃO**

Ausência - Réu preso - Interrogatório - Advogado - Direito a entrevista - Princípio da ampla defesa . . . . . **356**

**CLÁUSULA ABUSIVA**

Nulidade - Associado - Exclusão - Devolução de prestações- Limitação . . . . . **186**

Nulidade - Plano de saúde - Tratamento médico-hospitalar - Medicamento - Negativa de cobertura . . . . . **189**

**CLÁUSULA CONTRATUAL**

Contrato social - Prevalência - Sociedade comercial - Dissolução parcial - Retirada de sócio - Apuração de haveres . . . . . **104**

Discussão - Seguro de vida - Invalidez permanente - Prova - Execução - Extinção do processo . . . . . **215**

Modificação - Seguro - Renovação - Abusividade - Inexistência . . . . . **270**

Multa compensatória - Perda das arras - Cumulação - Possibilidade . . . . . **177**

Nulidade - Cédula de crédito comercial - Juros compostos - Admissibilidade - Comissão de permanência - Indeterminação - Cláusula potestativa . . . . . **139**

Revisão - Possibilidade - Financiamento habitacional - Relação de consumo . . . . . **171**

**CLÁUSULA PENAL**

Percentual - Promessa de compra e venda - Inadimplemento - Rescisão contratual . **177**

**CLÁUSULA POTESTATIVA**

Comissão de permanência - Indeterminação - Ação declaratória - Nulidade . . . . . **139**

Juros de mora - Multa - Comissão de permanência - Cumulação - Confissão de dívida . . **99**

Nulidade - Cláusula-mandato - Mútuo - Inadimplemento - Letra de câmbio - Emissão . **282**

Nulidade - Comissão de permanência - Taxa de mercado - Instituição financeira - Juros - Multa contratual . . . . . **251**

**CLÁUSULA-MANDATO**

Mútuo - Inadimplemento - Letra de câmbio - Emissão - Cláusula potestativa - Nulidade . . . **282**

**CO-AUTORIA** - Vide: Concurso de pessoas

**COBRANÇA** – Vide: Ação de cobrança

**CÓDIGO CIVIL/1916**

Art. 115 - Cláusula potestativa - Nulidade - Mútuo - Inadimplemento - Letra de câmbio - Emissão . . . . . **282**

Art. 177 - Art. 2.028 do CC/2002 - Prescrição - Não-ocorrência - Correção monetária - Previdência privada - Reserva de poupança - Restituição . . . . . **221**

**CÓDIGO CIVIL/2002**

Art. 122 - Cláusula potestativa - Nulidade - Mútuo - Inadimplemento - Letra de câmbio - Emissão . . . . . **282**

Art. 198, I - Prescrição - Não-ocorrência - Ação de cobrança - Pensão por morte - Interesse de incapaz . . . . . **263**

Art. 406 - Juros - Multa contratual - Instituição financeira . . . . . **251**

Art. 422 - Violação - Princípio da boa-fé - Leilão eletrônico - Bem móvel - Defeito - Não-demonstração - Fotografia - Internet - Dever de informar . . . . . **212**

Art. 559 - Inaplicabilidade - Doação - Inexecução do encargo - Revogação - Reversão do bem doado - Possibilidade . . . . . **277**

Art. 766, parágrafo único - Seguro - Indenização - Valor da apólice - Perfil do segurado - Alteração - Diferença do prêmio - Cabimento . . . . . **231**

Art. 1.031, *caput* e § 2º - Sociedade comercial - Dissolução parcial - Retirada de sócio - Apuração de haveres - Cláusula contratual - Prevalência . . . . . **104**

Art. 1.521, VI - Casamento - Duplicidade - Impedimento - Direito dos conviventes - Competência - Vara de Família . . . . . **158**

Art. 2.028 - Art. 177 do CC/1916 - Prescrição - Não-ocorrência - Correção monetária - Previdência privada - Reserva de poupança - Restituição . . . . . **221**

**CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Aplicabilidade - Financiamento habitacional - Desequilíbrio contratual - Controle judicial - Possibilidade . . . . . **171**

Aplicabilidade - Previdência privada - Associado - Exclusão - Devolução de prestações- Limitação - Cláusula abusiva - Nulidade . . . . . **186**

Aplicabilidade - Serviço defeituoso - *Shopping center* - Estacionamento - Assalto a mão armada - Indenização - Danos morais e materiais . . . . . **193**

Art. 3º, § 2º, 6º, VI, e 14 - Banco - Inscrição de nome - SPC - Serviço defeituoso - Indenização - Dano moral . . . . . **69**

Art. 6º, VII e VIII - Acesso à justiça - Facilitação da defesa do consumidor - Inversão do ônus da prova - Ação revisional - Cheque especial - Ausência do contrato . . . . . **308**

Art. 42, parágrafo único - Inaplicabilidade - Saldo devedor - Restituição - Cédula de crédito comercial - Relação de consumo - Não-caracterização . . . . . **139**

Art. 52, § 1º - Aplicabilidade - Instituição financeira - Multa - Juros . . . . . **251**

Art. 52, § 1º - Multa - Inadimplemento - Contrato - Abertura de crédito - Conta corrente - Relação de consumo . . . . . **290**

Boa-fé - Contrato - Plano de saúde - Relação de consumo . . . . . **227**

Cláusula abusiva - Nulidade - Plano de saúde - Tratamento médico-hospitalar - Medicamento - Negativa de cobertura . . . . . **374**

Convenção de Varsóvia - Prevalência - Transporte internacional - Indenização - Prescrição - Prazo (STF) . . . . . **468**

**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Art. 20, § 4º - Fazenda Pública - Custas - Isenção - Ação previdenciária - Pensão por morte . . . . . **113**

Art. 26 - Honorários de advogado - Custas - Ação de cobrança - Desistência . . . . . **246**

Art. 100, IV, *d* - Competência jurisdicional - Previdência privada - Foro - Local de cumprimento da obrigação . . . . . **299**

Art. 267, VI - Interesse processual - Ausência - Registro de casamento - Profissão - Erro - Elemento essencial - Não-configuração - Retificação . . . . . **234**

Art. 273 - Tutela antecipada - Ausência de requisitos - Ação cominatória - Obrigação de não fazer - Marca de indústria - Uso indevido - Prova . . . . . **296**

Art. 461, § 3º - Tutela específica - Controle de zoonose - Imóvel urbano - Relevância pública - Alvará judicial . . . . . **301**

Art. 557, § 2º, c/c art. 14, II e III, e 17, VII - Recurso - Caráter abusivo - Litigância de má-fé - Multa - Aplicação (STF) . . . . . **463**

Art. 591, 620 e 655 - Penhora - Nomeação de bens - Recusa pelo credor - Dinheiro - Penhora *on line* - Faturamento mensal - Limite . . . . . **135**

Art. 618, I - Título executivo extrajudicial - Ausência de requisito essencial - Seguro de vida - Invalidez permanente - Prova . . . **215**

Art. 706 - Leiloeiro público - Indicação pelo credor - Execução fiscal - Bem penhorado - Alienação - Tentativas frustradas . . . . . **92**

Art. 788, I - Remição - Prazo - Flexibilização - Auto de arrematação - Assinatura posterior . . . **143**

Art. 991, VII - Prestação de contas - Inventariante - Partilha amigável - Herdeiros - Posterior dissenso . . . . . **100**

**CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Art. 41 - Denúncia - Requisitos - Crime contra a ordem econômica - Gás liquefeito - Norma penal em branco - Tipicidade . . . . . **326**

Art. 78, II, *b* - Competência por conexão - Roubo qualificado - Quadrilha - Crime continuado - Maior número de infração . . . . **399**

Art. 185, § 2º, 261 e 360 - Réu preso - Interrogatório - Ausência de citação - Advogado - Direito a entrevista - Nulidade . . . . . **356**

Art. 312 - Prisão preventiva - Homicídio qualificado - Periculosidade do agente - Ameaça a testemunha - Fuga . . . . . **391**

**CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO**

Art. 238 - Infração Administrativa - Motorista - Entrega de documentos - Recusa (STF) . **476**

**CÓDIGO PENAL**

Art. 33, § 2º, *b*, e 71 - Pena - Fixação no mínimo legal - Circunstâncias judiciais favoráveis - Regime semi-aberto - Roubo - Extorsão - Crime continuado . . . . . **370**

Art. 67 e 157, § 2º, I e II - Roubo qualificado - Circunstância agravante - Reincidência - Preponderância - Atenuante - Confissão espontânea - Pena - Fixação acima do mínimo . . . . . **366**

Art. 121, § 2º, I e IV - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Dissimulação - Tribunal do júri - Quesitos - Deficiência - Irregularidade - Ausência de prejuízo . . . . . **338**

Art. 129, § 2º, IV - Lesão corporal grave - Deformidade permanente - Autoria - Materialidade - Prova . . . . . **362**

Art. 136, §§ 1º e 3º - Maus-tratos - Qualificadora - Lesão corporal grave - Causa de aumento de pena - Vítima menor de 14 anos . . . **334**

Art. 157, § 2º, I, II e V - Roubo qualificado - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Restrição à liberdade da vítima . . . . . **385**

Art. 171 - Estelionato - Cheque - Assinatura falsa - Laudo pericial - Desnecessidade - Crime consumado - Reparação do dano - Irrelevância . . . . . **380**

Art. 171, § 2º, III - Defraudação de penhor - Alienação de bens - Credor pignoratício - Ausência de consentimento - Vantagem econômica - Irrelevância . . . . . **374**

Art. 171 e 180 - Estelionato - Receptação - Consunção - Veículo furtado - Compra - Desmonte - Adulteração . . . . . **345**

Art. 250, § 1º, II, *a* - Incêndio - Casa habitada - Causa de aumento de pena - Autoria - Materialidade - Prova . . . . . **342**

Art. 328, parágrafo único - Usurpação da função pública - Serviço funerário - Permissão - Licitação - Inexigibilidade - Dolo - Ausência - Absolvição . . . . . **393**

Vide também: Atipicidade conglobante e crime de fraude no pagamento por meio de cheque - Amaury Silva (doutrina) . . . . . **21**

**CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL**

Art. 106, II, *c* - Ato não definitivamente julgado - Multa - Redução (STJ) . . . . . **421**

**COMERCIANTE** - Vide: Infração administrativa

**COMISSÃO DE PERMANÊNCIA**

Indeterminação - Cláusula potestativa - Ação declaratória - Nulidade . . . . . **139**

Multa - Juros de mora - Cumulação - Cláusula potestativa - Confissão de dívida . . . . . **99**

Taxa de mercado - Cláusula potestativa - Nulidade - Instituição financeira - Juros - Multa contratual . . . . . **251**

**COMPENSAÇÃO**

Possibilidade - Cooperativa de crédito - Liquidação - Prazo - Depósito - Restituição . **159**

**COMPETÊNCIA JURISDICIONAL**

Infração penal de menor potencial ofensivo - Juizado Especial Criminal - Instalação posterior - Competência residual - Justiça Comum (STF) . . . . . **472**

Juízo da execução - Precatório - Herdeiro - Habilitação . . . . . **65**

Juízo da Vara de Família - Casamento - Duplicidade - Impedimento - Direito dos conviventes - Pensão previdenciária . . . . . **158**

Justiça do Trabalho - Emprego público - Parcelas vencidas - Prescrição - Art. 7º, XXIX, da CF . . . . . **130**

Previdência privada - Foro - Local de cumprimento da obrigação . . . . . **299**

**COMPETÊNCIA POR CONEXÃO**

Roubo qualificado - Quadrilha - Crime continuado - Maior número de infração - Art. 78, II, *b*, do CPP . . . . . **399**

**COMPETÊNCIA RESIDUAL** - Vide: Infração penal de menor potencial ofensivo (STF)

**COMPRA E VENDA**

Imóvel - Financiamento - Relação de consumo - Desequilíbrio contratual - Controle judicial - Possibilidade . . . . . **171**

**COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA** - Vide: Promessa de compra e venda

**CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO**

Telefonia fixa - Pulsos excedentes - Fatura - Detalhamento - Obrigatoriedade - Termo inicial . . . . . **110**

**CONCORRÊNCIA DESLEAL**

Marca de indústria - Uso indevido - Ação cominatória - Obrigação de não fazer . . . . . **296**

**CONCURSO DE PESSOAS**

Arma de brinquedo - Grave ameaça - Roubo qualificado - Furto - Desclassificação - Impossibilidade . . . . . **328**

Arma de fogo - Roubo qualificado - Interrogatório - Réu preso - Ausência de citação - Advogado - Direito a entrevista - Nulidade . . . . . **356**

Arma de fogo - Roubo qualificado - Pena - Fixação acima do mínimo - Confissão espontânea - Reincidência - Preponderância - Ausência de laudo pericial - Voto vencido . . . . . **366**

Delação - Co-autor - Confissão - Valoração da prova - Estelionato - Crime consumado . **380**

Emprego de arma - Porte ilegal - Pena restritiva de direitos - *Sursis* - Incompatibilidade . **403**

Emprego de arma - Quadrilha - Crime continuado - Maior número de infração - Competência por conexão - Art. 78, II, *b*, do CPP . . . . . **399**

Emprego de arma - Restrição à liberdade da vítima - Roubo qualificado . . . . . **385**

Furto qualificado - Diferentes vítimas - Concurso formal (STJ) . . . . . **433**

Latrocínio – Co-autoria - Participação de menor importância - Não-configuração . . . . . **377**

Quadrilha - Ausência de prova - Estelionato - Receptação - Consunção . . . . . **345**

**CONCURSO FORMAL**

Furto qualificado - Concurso de pessoas - Diferentes vítimas (STJ) . . . . . **433**

**CONCURSO MATERIAL**

Furto - Falsa identidade - Autoria - Materialidade - Condenação . . . . . **396**

**CONDENAÇÃO**

Furto - Falsa identidade - Concurso material - Autoria - Materialidade . . . . . **396**

Roubo qualificado - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Restrição à liberdade da vítima - Testemunha - Reconhecimento pessoal . . . . . **385**

**CONDOMÍNIO**

Ação de cobrança - Taxa de condomínio - Promessa de compra e venda - Rescisão - Proprietário do imóvel - Obrigação *propter rem* . . . . . **280**

Obrigação de fazer - Retirada de animal - Risco à saúde de condômino - Regimento interno - Proibição . . . . . **260**

**CONFISSÃO**

Delação - Co-autor - Valoração da prova - Estelionato - Crime consumado . . . . . **380**

**CONFISSÃO DE DÍVIDA**

Comissão de permanência - Multa - Juros de mora - Cumulação - Cláusula potestativa . . . . . **99**

**CONFISSÃO ESPONTÂNEA**

Circunstância atenuante - Reconhecimento pelo Tribunal *ad quem* - Possibilidade . **338**

Reincidência - Preponderância - Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Arma de fogo - Ausência de laudo pericial - Voto vencido . . . . . **366**

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

Juizado Especial Criminal - Art. 60 e 76 da Lei 9.099/95 - Art. 82 da LC 59/2001 . . . . . **323**

**CONSTITUCIONALIDADE**

Decreto-lei 911/69 - Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Mora *ex re* - Notificação pessoal - Prescindibilidade . . . . . **306**

**CONSTITUIÇÃO ESTADUAL**

Art. 36, I - Servidor público estadual - Aposentadoria por invalidez - Incapacidade laborativa - Proventos integrais . . . . . **76**

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Art. 5º, XXXV - Acesso à justiça - Ação revisional - Cheque especial - Ausência de contrato - Defesa do consumidor - Inversão do ônus da prova . . . . . **308**

Art. 5º, LXXIV - Estado - Assistência jurídica - Defensor dativo - Honorários de advogado . **89**

Art. 7º, XXIX - Crédito trabalhista - Prescrição - Emprego público . . . . . **130**

Art. 19 do ADCT - Servidor público - Estabilidade - Direito adquirido . . . . . **78**

Art. 37 - Art. 13 e 25, II, da Lei 8.666/93 - Contrato administrativo - Município - Advogado - Elaboração de parecer - Notória especialização - Licitação - Inexigibilidade . . **247**

Art. 37, *caput* - Administração pública - Servidor público - Remoção - Ausência de motivação - Nulidade do ato . . . . . **128**

Art. 40, §§ 7º e 8º - Auto-aplicabilidade - Pensão por morte - Valor . . . . . **263**

Art. 98, I - Juizado Especial Criminal - Competência - Art. 82 da LC 59/2001 - Art. 60 e 76 da Lei 9.099/95 . . . . . **323**

Art. 178 - Transporte internacional - Indenização - Prescrição - Prazo - Convenção de Varsóvia - Prevalência (STF) . . . . . **468**

Art. 197 e 198, II - Saúde - Atendimento integral - Assistência médico-hospitalar - Medicamento . . . . . **274**

Art. 227 - Art. 33, § 3º, do ECA - Guarda de menor - Avó - Pensão por morte . . . . . **113**

Vide também: A inconstitucionalidade do sistema de quotas: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano - Carlos Frederico Braga da Silva (doutrina) . . . . **27**

**CONSTRANGIMENTO ILEGAL**

Preso - Porte de telefone celular - Falta grave - Perda dos dias remidos - Resolução - Art. 49 da Lei 7.210/84 - *Habeas corpus* - Concessão (STJ) . . . . . **443**

**CONSUMAÇÃO** - Vide: Crime consumado

**CONSUNÇÃO** - Vide: Princípio da consunção

**CONTA CORRENTE**

Abertura de crédito - Demonstrativo do débito - Extrato bancário - Testemunha - Assinatura - Título executivo extrajudicial . . . . . **290**

Dinheiro - Penhora *on line* - Possibilidade - Bens penhoráveis - Inexistência . . . . . **71**

Saldo devedor - Amortização - Impossibilidade - Confissão de dívida - Cláusula potestativa . **99**

**CONTRADITÓRIO** - Vide: Direito de defesa - Princípio do contraditório

**CONTRATO** - Vide: Abertura de crédito - Ação revisional de contrato - Alienação fiduciária - Cláusula abusiva - Cláusula contratual - Cláusula penal - Cláusula potestativa - Compra e venda – Confissão de dívida - Contrato bancário - Contrato social - Financiamento habitacional - Mútuo - Plano de saúde - Previdência privada - Promessa de compra e venda - Rescisão contratual - Seguro - Transporte aéreo

**CONTRATO BANCÁRIO**

Abertura de crédito - Conta corrente - Demonstrativo do débito - Extrato bancário - Testemunha - Assinatura - Título executivo extrajudicial . . . . . **290**

Execução - Nota promissória - Vinculação - Natureza causal . . . . . **242**

**CONTRATO DE MÚTUO** – Vide: Mútuo

**CONTRATO DE TRANSPORTE** - Vide: Transporte aéreo (STF)

**CONTRATO SOCIAL**

Cheque - Pessoa jurídica - Exigência da assinatura de todos os sócios - Terceiro de boa-fé - Validade do título . . . . . **258**

Cláusula contratual - Prevalência - Sociedade comercial - Dissolução parcial - Retirada de sócio - Apuração de haveres . . . . . **104**

**CONTRAVENÇÃO PENAL**

Exploração de vídeo loteria *off line* interativa - Loteria do Estado de Minas Gerais - Invalidação do ato permissionário - Apreensão dos “caça-níqueis” . . . . . **165**

**CONVENÇÃO DE VARSÓVIA**

Prevalência - Transporte internacional de passageiros - Indenização - Prescrição - Prazo (STF) . . . . . **468**

**CONVÊNIO**

Convênio Bacen-Jud - Penhora *on line* - Possibilidade . . . . . **71, 135**

Plano de saúde - Autarquia federal - Servidor público - Transformação do cargo - Perda do vínculo funcional - Fato do príncipe . . . **266**

**COOPERATIVA DE CRÉDITO**
Liquidação - Prazo - Depósito - Restituição - Juros - Incidência . . . . . **159**

**CORREÇÃO MONETÁRIA**
Incidência - Crédito tributário - ICMS - Escrituração extemporânea (STF) . . . . **459**

Incidência - Previdência privada - Reserva de poupança - Restituição . . . . . **221**

Termo inicial - Indenização - Danos morais e materiais - Assalto a mão armada - Estacionamento - *Shopping center* . . . . . **193**

**CRÉDITO TRABALHISTA**
Parcelas vencidas - Prescrição - Art. 7º, XXIX, da CF - Competência - Justiça do Trabalho . **130**

**CRÉDITO TRIBUTÁRIO**
ICMS - Escrituração extemporânea - Correção monetária - Incidência (STF) . . . . . **459**

**CREDOR PIGNORATÍCIO** - Vide: Defraudação de penhor

**CRIANÇA** - Vide: Acidente de trânsito – Estatuto da Criança e do Adolescente

**CRIME CONSUMADO**
Defraudação de penhor - Alienação de bens - Credor pignoratício - Ausência de consentimento - Vantagem econômica - Irrelevância . . . . . **374**

Estelionato - Cheque - Assinatura falsa - Laudo pericial - Desnecessidade - Reparação do dano - Irrelevância . . . . . **380**

Roubo qualificado - Posse da *res* - Tentativa - Não-configuração . . . . . **328**

**CRIME CONTINUADO**
Roubo - Extorsão - Pena - Circunstâncias judiciais - Fixação no mínimo legal - Regime semi-aberto . . . . . **370**

Roubo qualificado - Quadrilha - Maior número de infração - Competência por conexão - Art. 78, II, *b*, do CPP . . . . . **399**

**CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA**
Incêndio - Autoria - Materialidade - Dano qualificado -Desclassificação - Impossibilidade . . . **342**

**CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA**
Gás liquefeito de petróleo - Norma penal em branco - Tipicidade . . . . . **326**

**CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE**
Loteamento clandestino - Unidade de conservação (STJ) . . . . . **446**

**CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO** - Vide: Dano qualificado - Estelionato - Extorsão - Furto - Latrocínio – Receptação - Roubo - Roubo qualificado

**CRIME CULPOSO** - Vide: Homicídio culposo

**CRIME DE DESOBEDIÊNCIA**
Atipicidade - Motorista - Entrega de documentos - Recusa - Infração administrativa (STF) . . . . . **476**

**CRIME DE PERIGO COMUM** - Vide: Incêndio

**CRIME DE TRÂNSITO**
Homicídio culposo - Teoria da imputação objetiva - Risco permitido - Princípio da confiança - Culpa exclusiva da vítima - Nexo causal - Previsibilidade objetiva - Ausência - Absolvição . . . . . **351**

**CRIME HEDIONDO** - Vide: Homicídio qualificado - Latrocínio

**CRIME QUALIFICADO**
Maus-tratos - Lesão corporal grave - Causa de aumento de pena - Vítima menor de 14 anos . . . . . **334**

Vide também: Dano qualificado - Homicídio qualificado - Roubo qualificado

**CULPA**
Culpa presumida - Erro médico - Cirurgia plástica - Obrigação de resultado - Indenização - Danos morais e estéticos . . . . . **81**

Culpa presumida - Inadmissibilidade - Culpa exclusiva da vítima - Nexo causal -

Previsibilidade objetiva - Ausência - Crime de trânsito - Homicídio culposo - Absolvição . . . . . **351**

Preposto - Pessoa jurídica - Acidente de trânsito - Indenização - Dano moral . . . . . **316**

**CULPA *IN VIGILANDO***
Acidente de trânsito - Atropelamento - Criança . . . . . **206**

Vide também: Negligência

**CUSTAS**
Honorários de advogado - Ação de cobrança - Desistência - Art. 26 do CPC . . . . . **246**

Honorários de advogado - Não-cabimento - Ação civil pública - Litigância de má-fé - Não-ocorrência (STJ) . . . . . **407**

Isenção - Fazenda Pública - Ação previdenciária - Pensão por morte - Avó - Guarda de menor - Estado - Ipsemg - Legitimidade passiva . . **113**

**- D -**

**DANO ESTÉTICO**
Dano moral - Indenização - Erro médico - Cirurgia plástica - Obrigação de resultado - Culpa presumida . . . . . **81**

**DANO MATERIAL**
Dano moral - Assalto a mão armada - Estacionamento - *Shopping center* . . . . **193**

Dano moral - Indenização - Acidente de trânsito - Atropelamento - Criança - Culpa *in vigilando* . . . . . **206**

Dano moral - Indenização - Direito à imagem e à honra paterna - Obra biográfica - Ausência de autorização (STJ) . . . . . **423**

Indenização - Furto de veículo - Estacionamento - Ceasa . . . . . **218**

Indenização - Loteria do Estado de Minas Gerais - Máquina “caça-níqueis” - Apreensão - Improcedência do pedido . . . . . **165**

**DANO MORAL**
Dano estético - Indenização - Erro médico - Cirurgia plástica - Obrigação de resultado - Culpa presumida . . . . . **81**

Dano material - Assalto a mão armada - Estacionamento - *Shopping center* . . . . . **193**

Dano material - Indenização - Acidente de trânsito - Atropelamento - Criança - Culpa *in vigilando* . . . . . **206**

Dano material - Indenização - Direito à imagem e à honra paterna - Obra biográfica - Ausência de autorização (STJ) . . . . . **423**

Indenização - Ato ilícito - Acidente de trânsito - Preposto - Culpa - Seguro - Danos pessoais . . . . . **316**

Indenização - Cirurgia - Erro médico - Negligência - Prova - Hospital - Operadora de plano de saúde - Responsabilidade solidária . . . . . **285**

Indenização - Erro médico - Negligência - Hospital - Dissociação de responsabilidade . . . . . **208**

Indenização - Inscrição de nome - SPC - Banco - Serviço defeituoso . . . . . **69**

Indenização - Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo - Policial militar - Assassinato em dia de folga - Fato do serviço . . . . . **151**

Não-caracterização - Ação revisional de contrato - Confissão de dívida - Cláusula potestativa . **99**

Não-caracterização - Cadastro de inadimplentes - Inscrição de nome - Compensação de dívidas - Extinção do débito . . . . . **159**

Não-caracterização - Plano de saúde - Tratamento médico-hospitalar - Medicamento - Negativa de cobertura - Cláusula abusiva . . . . . **189**

**DANO QUALIFICADO**
Desclassificação do crime - Impossibilidade - Incêndio - Autoria - Materialidade - Casa habitada - Causa de aumento de pena . . . . . **342**

**DANOS PESSOAIS** - Vide: Seguro

**DECADÊNCIA**
Mandado de segurança - Declaração prejudicial - Aproveitamento - Julgamento do mérito - Possibilidade . . . . . **122**

Prescrição - Não-ocorrência - Servidor público - Estabilidade - Direito adquirido - Mandado de segurança - Concessão . . . . . **78**

**DECRETO**
n. 4.733/2003 - Resolução 432/2006 - Anatel - Telefonia fixa - Pulsos excedentes - Fatura - Detalhamento - Obrigatoriedade - Termo inicial . . . . . **110**

n. 22.626/33, art. 1º - Art. 1.062 do CC/1916 - Juros - Contrato - Abertura de crédito - Conta corrente - Inadimplemento . . . . . **290**

**DECRETO ESTADUAL**
n. 44.035/2005 - Administração Pública - Poder de polícia - Transporte de passageiros - Veículo de aluguel - Fretamento - Autorização . . **236**

**DECRETO FEDERAL**
n. 2.521/98, art. 85, § 1º - Transbordo - Ônibus - Irregularidade - Apreensão - Requisição - Empresa autorizada - Pagamento . . . . **198**

**DECRETO-LEI**
n. 911/69 - Constitucionalidade - Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Mora *ex re* - Notificação pessoal - Prescindibilidade . **306**

**DEFENSOR DATIVO**
Honorários de advogado - Estado - Pagamento - Obrigação . . . . . **89**

Réu - Direito de recorrer - Renúncia - Princípio da disponibilidade . . . . . **396**

**DEFESA DO CONSUMIDOR**
Inversão do ônus da prova - Ação revisional - Cheque especial - Ausência do contrato Facilitação da defesa do consumidor . . . . . **308**

**DEFRAUDAÇÃO DE PENHOR**
Alienação de bens - Credor pignoratício - Ausência de consentimento - Dolo . . . . **374**

**DELAÇÃO** - Vide: Concurso de pessoas

**DEMONSTRATIVO DO DÉBITO**
Extrato bancário - Testemunha - Assinatura - Contrato - Abertura de crédito - Conta corrente - Título executivo extrajudicial . . . **290**

**DENÚNCIA**
Recebimento - Rejeição posterior - Trancamento de ação penal - Impossibilidade - Preclusão . . . . . **350**

Requisitos - Crime contra a ordem econômica - Gás liquefeito - Norma penal em branco - Tipicidade . . . . . **326**

**DENUNCIAÇÃO DA LIDE**
Seguradora - Veículo - Transferência - Apólice - Ausência de vedação - Danos pessoais - Dano moral - Abrangência - Acidente de trânsito - Indenização . . . . . **316**

**DEPÓSITO**
Cooperativa de crédito - Liquidação - Prazo - Restituição dos valores - Juros - Incidência . . . **159**

**DESAFORAMENTO**
Tribunal do júri - Imparcialidade - Dúvida - Prova - Indícios - Ausência - Indeferimento do pedido . . . . . **364**

**DESCENDENTE**
Doação - Adiantamento da legítima - Alienação de bens - Procuração - Vício de consentimento - Não-configuração . . . . . **201**

**DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME**
Incêndio - Autoria - Materialidade - Casa habitada - Causa de aumento de pena - Dano qualificado - Impossibilidade . . . . . **342**

Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Arma de brinquedo - Grave ameaça - Furto - Impossibilidade . . . . . **328**

Tortura - Crime próprio - Maus-tratos - Lesão corporal grave - Vítima menor de 14 anos - Art. 136, §§ 1º e 3º, do CP . . . . . **334**

**DESISTÊNCIA DA AÇÃO**
Ação de cobrança - Custas - Honorários de advogado - Pagamento - Art. 26 do CPC . . . . **246**

**DEVER DE INFORMAR**
Bem móvel - Defeito - Fotografia - Leilão eletrônico - Internet - Princípio da boa-fé objetiva . . . . . **212**

**DEVIDO PROCESSO LEGAL**
Transação penal - Prestação de serviços à comunidade - Descumprimento - Pena privativa de liberdade - Conversão - Ilegalidade . . . . . **323**

**DINHEIRO**
Conta corrente - Penhora *on line* - Possibilidade - Bens penhoráveis - Inexistência . . . . . **71**

Conta corrente - Penhora *on line* - Faturamento mensal - Limite . . . . . **135**

**DIREITO À IMAGEM** - Vide: Indenização (STJ)

**DIREITO À HONRA** - Vide: Indenização (STJ)

**DIREITO À SAÚDE** - Vide: Medicamento

**DIREITO ADQUIRIDO**
Estabilidade - Servidor público - Prescrição - Decadência - Não-ocorrência - Mandado de segurança - Concessão . . . . . **78**

**DIREITO DE DEFESA**
Contraditório - Servidor público - Estágio probatório - Licença-saúde - Extinção do cargo - Ilegalidade . . . . . **66**

**DIREITO DE VISITA**
Avó - Separação judicial litigiosa - Ilegitimidade passiva . . . . . **61**

**DISSIMULAÇÃO** - Vide: Homicídio qualificado

**DISSOLUÇÃO PARCIAL**
Sociedade comercial - Retirada de sócio - Apuração de haveres - Cláusula contratual - Prevalência - Art. 1.031, *caput* e § 2º, do CC/2002 . . . . . **104**

**DOAÇÃO**
Descendente - Adiantamento da legítima - Excesso - Juízo do inventário . . . . . **201**

Inexecução do encargo - Revogação - Reversão do bem doado - Possibilidade . . . . . **277**

**DOCUMENTO**
Contrato - Ausência - Ação revisional - Cheque especial - Banco - Inversão do ônus da prova . . . . . **308**

**DOENÇA** - Vide: Aposentadoria por invalidez

**DOLO**
Defraudação de penhor - Alienação de bens - Credor pignoratício - Ausência de consentimento . . . . . **374**

**DUPLICATA**
Protesto de título - Nulidade - Leilão eletrônico - Bem móvel - Defeito - Fotografia - Internet - Não-demonstração - Dever de informar . **212**

**- E -**

**EDUCAÇÃO** - Vide: A inconstitucionalidade do sistema de quotas: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano - Carlos Frederico Braga da Silva (doutrina)

**EDUCADOR INFANTIL** - Vide: Servidor público

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**
Caráter protelatório - Não-configuração - Multa - Ausência de requisitos . . . . . **193**

**EMBARGOS DO DEVEDOR**
Contrato bancário - Nota promissória - Vinculação - Valor do débito - Extrato bancário - Ausência de contestação - Preclusão . . . . . **242**

Encargos contratuais - Abusividade - Abertura de crédito - Conta corrente - Perícia - Preclusão - Multa - Juros . . . . . **290**

Honorários de advogado - Defensor dativo - Estado - Pagamento - Obrigação . . . . . **89**

Multa - Redução - Retroatividade da lei mais benéfica - Possibilidade - Art. 106, II, *c*, do CTN (STJ) . . . . . **421**

**EMPREGO PÚBLICO**
Parcelas vencidas - Prescrição - Art. 7º, XXIX, da CF - Competência - Justiça do Trabalho . **130**

**EQUIPARAÇÃO SALARIAL**
Impossibilidade - Educador infantil - Professor municipal - Qualificação e atribuições diversas . . . . . **271**

**ERRO MÉDICO**
Cirurgia plástica - Obrigação de resultado - Culpa presumida - Indenização - Danos morais e estéticos . . . . . **81**

Negligência - Indenização - Dano moral - Hospital - Dissociação de responsabilidade . . . . . **208**

Negligência - Prova - Hospital - Operadora de plano de saúde - Responsabilidade solidária . . . . . **285**

**ESCRITURA PÚBLICA**
Outorga de escritura - Impossibilidade - Unidade autônoma - Incorporação imobiliária - Registro de Imóveis - Ausência . . . . . **254**

**ESTABELECIMENTO DE SAÚDE**
Responsabilidade solidária - Indenização - Danos morais e estéticos - Erro médico - Cirurgia plástica . . . . . **81**

**ESTABILIDADE**
Servidor público - Direito adquirido - Prescrição - Decadência - Não-ocorrência - Mandado de segurança - Concessão . . . . . **78**

**ESTACIONAMENTO** - Vide: Furto - *Shopping center*

**ESTÁGIO PROBATÓRIO**
Servidor público - Licença-saúde - Extinção do cargo - Exoneração - Ilegalidade . . . . . **66**

**ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**
Art. 149 e 258 - Infração administrativa - Menor - Presença em boate - Ausência de autorização - Auto de infração - Multa . . . . . **176**

Art. 33, § 3º - Art. 227 da CF - Guarda de menor - Avó - Pensão por morte . . . . . **113**

Art. 78, 79 e 257 - Banca de revista - Material inadequado para menor - Acondicionamento deficiente . . . . . **85**

Art. 80 e 258 - Infração administrativa - Menor - Presença em estabelecimento que explore jogos de bilhar e bebida alcoólica - Responsabilidade do proprietário - Multa . . . . . **155**

**ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIL DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
Art. 108, *e* - Rol de doenças não taxativo - Servidor público - Aposentadoria por invalidez - Proventos integrais . . . . . **76**

**ESTELIONATO**
Cheque - Assinatura falsa - Laudo pericial - Desnecessidade - Crime consumado - Reparação do dano - Irrelevância . . . . **380**

Receptação - Consunção - Veículo furtado - Compra - Desmonte - Adulteração - Concurso de pessoas - Quadrilha - Ausência de prova . . . . . **345**

**EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA**
Previdência privada - Foro - Local de cumprimento da obrigação . . . . . **299**

**EXECUÇÃO**
Bens penhoráveis - Inexistência - Penhora *on line* - Possibilidade . . . . . **71**

Penhora - Nomeação de bens - Recusa pelo credor - Dinheiro - Penhora *on line* - Faturamento mensal - Limite . . . . . **135**

Remição - Auto de arrematação - Assinatura posterior - Flexibilização do prazo - Art. 788, I, do CPC . . . . . **143**

**EXECUÇÃO DA PENA**

Preso - Porte de telefone celular - Falta grave - Perda dos dias remidos - Resolução - Art. 49 da Lei 7.210/84 - Constrangimento ilegal - *Habeas corpus* - Concessão (STJ) . . . . **443**

Remição pelo estudo - Possibilidade - Trabalho intelectual . . . . . **332**

**EXECUÇÃO FISCAL**
Bem penhorado - Alienação - Tentativas frustradas - Leiloeiro público - Indicação pelo credor . **92**

Embargos do devedor - Multa - Redução - Retroatividade da lei mais benéfica - Possibilidade - Art. 106, II, *c*, do CTN (STJ) . . . . . **421**

Penhora - Nomeação de bens - Ineficácia - Imóvel rural - Localização em outro Estado - Propriedade de terceiro - Recusa pelo credor . . **185**

**EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL**
Cheque - Pessoa jurídica - Contrato social - Exigência da assinatura de todos os sócios - Terceiro de boa-fé - Validade do título . **258**

Contrato - Abertura de crédito - Conta corrente - Demonstrativo do débito - Extrato bancário - Testemunha - Assinatura . . . . . **290**

Contrato - Seguro de vida - Invalidez permanente - Prova - Necessidade - Extinção do processo . . . . . **215**

Contrato bancário - Nota promissória - Vinculação - Natureza causal . . . . . **242**

**EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO**
Inscrição de nome - Cadastro de inadimplentes - Compensação de dívidas - Extinção do débito - Dano moral - Não-caracterização . . . . **159**

Outorga de procuração - Alienação de bens - Vício de consentimento - Não-configuração - Doação a descendente - Adiantamento da legítima . . . . . **201**

**EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO**
Medida cautelar - Tabela de unidade de reembolso de seguro - Entrega - Ônus da prova . . . **310**

**EXONERAÇÃO**
Servidor público - Estabilidade - Direito adquirido . . . . . **78**

Servidor público - Estágio probatório - Licença-saúde - Extinção do cargo - Ilegalidade . . **66**

**EXTINÇÃO DO PROCESSO**
Execução - Seguro de vida - Invalidez permanente - Prova - Título executivo extrajudicial - Ausência de requisito essencial . . . . . **215**

Não-ocorrência - Ação revisional - Cheque especial - Ausência do contrato - Banco - Inversão do ônus da prova - Facilitação da defesa do consumidor . . . . . **308**

Retificação de registro civil - Casamento - Profissão - Erro - Elemento essencial - Ausência - Falta de interesse processual . . . . . **234**

**EXTORSÃO**
Roubo - Crime continuado - Requisitos - Pena - Circunstâncias judiciais - Fixação no mínimo legal - Regime semi-aberto . . . . . **370**

**EXTRATO BANCÁRIO**
Embargos do devedor - Valor do débito - Fazenda Pública - Ausência de contestação - Preclusão . . . . . **242**

Demonstrativo do débito - Testemunha - Assinatura - Contrato - Abertura de crédito - Conta corrente - Título executivo extrajudicial . **290**

**- F -**

**FACILITAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR**
- Vide: Defesa do consumidor

**FALSA IDENTIDADE**
Furto - Concurso material - Autoria - Materialidade - Condenação . . . . . **396**

**FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO**
Agravamento do risco - Acidente de trânsito - Indenização - Seguro - Improcedência do pedido . . . . . **87**

**FALTA GRAVE**
Preso - Porte de telefone celular - Perda dos dias remidos - Resolução - Art. 49 da Lei 7.210/84 - Constrangimento ilegal - *Habeas corpus* - Concessão (STJ) . . . . . **443**

**FATO DO PRÍNCIPE**
Plano de saúde - Autarquia federal - Servidor público - Transformação do cargo - Perda do vínculo funcional - Imprevisibilidade . . . **266**

**FATO DO SERVIÇO**
Policial militar - Assassinato em dia de folga - Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo . . . . . **151**

**FATURAMENTO**
Penhora *on line* - Possibilidade - Limite . . **135**

**FAZENDA PÚBLICA**
Custas - Isenção - Ação previdenciária - Pensão por morte - Avó - Guarda de menor - Estado - Ipsemg - Legitimidade passiva . . . . . **113**

Sentença - Reexame necessário - *Reformatio in pejus* - Vedação . . . . . **242**

**FINANCIAMENTO HABITACIONAL**
Ação revisional - Desequilíbrio contratual - CDC - Aplicabilidade . . . . . **171**

**FORO**
Local de cumprimento da obrigação - Competência jurisdicional - Previdência privada . **299**

**FOTOGRAFIA**
Internet - Bem móvel - Defeito - Não-demonstração - Leilão eletrônico - Duplicata - Nulidade . **212**

**FRAUDE NO PAGAMENTO POR MEIO DE CHEQUE**
Atipicidade conglobante e crime de fraude no pagamento por meio de cheque - Amaury Silva (doutrina) . . . . . **21**

**FRETAMENTO** - Vide: Veículo

**FUGA** - Vide: Prisão preventiva

***FUMUS BONI JURIS***
*Periculum in mora* - Ausência - Mandado de segurança - Liminar - Transporte de passageiros - Veículo de aluguel - Fretamento - Autorização . . . . . **236**

*Periculum in mora* - Tutela específica - Controle de zoonose - Imóvel urbano - Relevância pública - Alvará judicial . . . . . **301**

**FUNÇÃO GRATIFICADA**
Emprego público - Transformação - Função pública - Vantagem temporária - Incorporação á remuneração - Descabimento . . . . . **130**

**FUNÇÃO PÚBLICA**
Emprego público - Transformação - Servidor público municipal - Regime Jurídico Único - Gratificação - Vantagem temporária - Incorporação à remuneração - Descabimento . . **130**

**FURTO**
Desclassificação - Impossibilidade - Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Arma de brinquedo - Grave ameaça . . . . . **328**

Falsa identidade - Concurso material - Autoria - Materialidade - Condenação . . . . . **396**

Veículo - Estacionamento - Ceasa - Indenização - Dano material . . . . . **218**

**FURTO QUALIFICADO**
Concurso de pessoas - Diferentes vítimas - Concurso formal (STJ) . . . . . **433**

**- G -**

**GRATIFICAÇÃO** - Vide: Função gratificada

**GUARDA DE MENOR**
Avó - Pensão por morte - Ação previdenciária - Estado - Ipsemg - Legitimidade passiva . **113**

**- H -**

***HABEAS CORPUS***
Concessão - Constrangimento ilegal - Preso - Porte de telefone celular - Falta grave - Perda dos dias remidos - Resolução - Art. 49 da Lei 7.210/84 (STJ) . . . . . **443**

Concessão - Crime de desobediência - Atipicidade - Motorista - Entrega de documentos - Recusa - Infração administrativa (STF) . . . . . **476**

Concessão - Infração penal de menor potencial ofensivo - Juizado Especial Criminal - Instalação posterior - Competência residual - Justiça Comum (STF) . . . . . **472**

Denegação - Homicídio qualificado - Periculosidade do agente - Ameaça a testemunha - Fuga - Prisão preventiva . . . . . **391**

Denegação - Justa causa - Crime contra o meio ambiente - Loteamento clandestino - Unidade de conservação (STJ) . . . . . **446**

Denegação - Transação penal - Descumprimento - Suspensão condicional de processo - Revogação (STF) . . . . . **479**

**HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO** - Vide: Falta de habilitação para dirigir veículo

**HERDEIRO**
Partilha amigável - Inventário - Arrolamento - Posterior dissenso - Inventariante - Prestação de contas - Art. 991, VII, do CPC . . . . . **100**

**HOMICÍDIO**
Policial militar - Assassinato em dia de folga - Fato do serviço - Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo . **151**

**HOMICÍDIO CULPOSO**
Crime de trânsito - Teoria da imputação objetiva - Risco permitido - Culpa exclusiva da vítima - Nexo causal - Previsibilidade objetiva - Ausência - Absolvição . . . . . **351**

**HOMICÍDIO QUALIFICADO**
Dissimulação - Motivo torpe - Tribunal do júri - Quesitos - Deficiência - Irregularidade - Ausência de prejuízo . . . . . **338**

Periculosidade do agente - Ameaça a testemunha - Fuga - Prisão preventiva . . . . **391**

**HONORÁRIOS**
Perícia - Intimação - Não-pagamento - Preclusão - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência . **290**

**HONORÁRIOS DE ADVOGADO**
Custas - Ação de cobrança - Desistência - Art. 26 do CPC . . . . . **246**

Custas - Isenção - Fazenda Pública - Ação previdenciária - Pensão por morte - Art. 20, § 4º, do CPC . . . . . **113**

Custas - Não-cabimento - Ação civil pública - Litigância de má-fé - Não-ocorrência (STJ) . **407**

Defensor dativo - Estado - Pagamento - Obrigação . . . . . **89**

**HOSPITAL**
Dissociação de responsabilidade - Erro médico - Negligência - Indenização - Dano moral . **208**

Operadora de plano de saúde - Responsabilidade solidária - Erro médico - Negligência - Prova . . . . . **285**

**- I -**

**ICMS**
Crédito tributário - Escrituração extemporânea - Correção monetária - Incidência (STF) . **459**

Não-incidência - Provedor de acesso à internet (STJ) . . . . . **430**

Redução da base de cálculo - Saída de mercadoria - Princípio da não-cumulatividade . **145**

VoIP versus ICMS - Fernando Neto Botelho (doutrina) . . . . . **37**

**ILEGITIMIDADE ATIVA** - Vide: *Legitimatio ad causam*

**ILEGITIMIDADE PASSIVA** - Vide: *Legitimatio ad causam*

**IMÓVEL** - Vide: Bem imóvel

**IMÓVEL RURAL** - Vide: Bem imóvel

**IMÓVEL URBANO** - Vide: Bem imóvel

**IMPEDIMENTO**
Duplicidade - Casamento - Direito dos conviventes - Competência - Vara de Família - Pensão previdenciária . . . . . **158**

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**
Bens indisponíveis - Dissipação - Ausência de perigo . . . . . **74**

**INADIMPLEMENTO**
Contrato - Abertura de crédito - Encargos contratuais - Abusividade - Multa - Juros . . **290**

Promissário-comprador - Compra e venda - Imóvel - Rescisão contratual - Devolução das parcelas pagas . . . . . **177**

Seguro - Veículo - Suspensão da cobertura - Notificação - Necessidade . . . . . **123**

**INCAPACIDADE LABORATIVA**
Servidor público estadual - Aposentadoria por invalidez - Proventos integrais - Lei 869/52 - Rol de doenças não taxativo . . . . . **76**

**INCAPAZ** - Vide: Pensão

**INCÊNDIO**
Autoria - Materialidade - Dano qualificado - Desclassificação - Impossibilidade - Casa habitada - Causa de aumento de pena . . . . . **342**

**INCONSTITUCIONALIDADE**
A inconstitucionalidade do sistema de quotas: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano - Carlos Frederico Braga da Silva (doutrina) . . . . . **27**

**INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**
Registro de imóveis - Ausência - Unidade autônoma - Outorga de escritura - Impossibilidade . . . . . **254**

**INDENIZAÇÃO**
Acidente de trânsito - Seguro - Motorista - Falta de habilitação para dirigir veículo - Agravamento do risco - Improcedência do pedido . . . . . **87**

Dano material - Furto de veículo - Estacionamento - Ceasa . . . . . **218**

Dano material - Loteria do Estado de Minas Gerais - Máquina "caça-níqueis" - Apreensão - Improcedência do pedido . . . . . **165**

Dano moral - Ato ilícito - Acidente de trânsito - Preposto - Culpa - Seguro - Danos pessoais . . . . . **316**

Dano moral - Dano estético - Erro médico - Cirurgia plástica - Obrigação de resultado - Culpa presumida . . . . . **81**

Dano moral - Erro médico - Cirurgia - Negligência - Prova - Hospital - Operadora de plano de saúde - Responsabilidade solidária . . . . . **285**

Dano moral - Erro médico - Negligência - Hospital - Dissociação de responsabilidade . . . . . **208**

Dano moral - Inscrição de nome - SPC - Banco - Serviço defeituoso . . . . . **69**

Dano moral - Não-caracterização - Plano de saúde - Tratamento médico-hospitalar - Medicamento - Negativa de cobertura - Cláusula abusiva . . . . . **189**

Dano moral - Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo - Policial militar - Assassinato em dia de folga - Fato do serviço . . . . . **151**

Danos morais e materiais - Acidente de trânsito - Atropelamento - Criança - Culpa *in vigilando* . . . . . **206**

Danos morais e materiais - Assalto a mão armada - Estacionamento - *Shopping center* . . . . **193**

Danos morais e materiais - Direito à imagem e à honra - Obra biográfica - Ausência de autorização (STJ) . . . . . **423**

Doação a descendente - Adiantamento da legítima - Alienação de bens - Outorga de procuração - Exercício regular de direito - Improcedência do pedido . . . . . **201**

Fruição do imóvel - Promessa de compra e venda - Rescisão contratual - Devolução das parcelas pagas . . . . . **177**

Seguro - Veículo - Inadimplemento - Suspensão da cobertura - Notificação - Necessidade . . . **123**

Seguro de vida - Suicídio premeditado - Seguradora - Ônus da prova . . . . . **96**

Transporte internacional de passageiros - Prescrição - Prazo - Convenção de Varsóvia - Prevalência (STF) . . . . . **468**

**INDÍCIOS**
Prova - Ausência - Tribunal do júri - Imparcialidade - Dúvida - Desaforamento - Indeferimento do pedido . . . . . **364**

**INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA**
Menor - Presença em boate - Ausência de autorização - Auto de infração - Multa - Comerciante - Legitimidade passiva . . . **176**

Menor - Presença em estabelecimento que explore jogos de bilhar e bebida alcoólica - Responsabilidade do proprietário - Multa . **155**

Motorista - Entrega de documentos - Recusa - Crime de desobediência - Atipicidade (STF) . . . . . **476**

**INFRAÇÃO FISCAL**

Apuração - Excesso de prazo - Apreensão de mercadoria - Meio coercitivo - Retenção indevida . . . . . **244**

**INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO**

Juizado Especial Criminal - Instalação posterior - Competência residual - Justiça Comum (STF) . . . . . **472**

Suspensão condicional do processo - Transação penal - Descumprimento - Prestação de serviços à comunidade - Pena privativa de liberdade - Conversão - Ilegalidade . . . . **323**

**INQUÉRITO POLICIAL**

Procedimento investigatório - Testemunha - Prova exclusiva - Sentença - Princípios do contraditório e da ampla defesa - Violação . . . . . **96**

**INSCRIÇÃO DE NOME** - Vide: Cadastro de inadimplentes

**INSS**

Pensão previdenciária - Direito dos conviventes - Casamento - Duplicidade - Impedimento . **158**

**INSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

Juros - Multa contratual - Comissão de permanência - Taxa de mercado - Cláusula potestativa - Nulidade . . . . . **251**

Mútuo - Inadimplemento - Letra de câmbio - Emissão - Cláusula-mandato - Cláusula potestativa - Nulidade . . . . . **282**

Vide também: Banco

**INTERESSE DE INCAPAZ** - Vide: Pensão

**INTERESSE PROCESSUAL**

Ausência - Registro de casamento - Profissão - Erro - Elemento essencial - Não-configuração - Retificação . . . . . **234**

Mandado de segurança - Liminar - Assistência médico-hospitalar - Medicamento - Direito à saúde . . . . . **274**

**INTERNET**

Leilão eletrônico - Bem móvel - Fotografia - Defeito - Não-demonstração - Dever de informar . **212**

Provedor de acesso à internet - ICMS - Não-incidência (STJ) . . . . . **430**

VoIP *versus* ICMS - Fernando Neto Botelho (doutrina) . . . . . **37**

**INTERROGATÓRIO**

Réu preso - Ausência de citação - Advogado - Direito a entrevista - Princípio da ampla defesa . . . . . **356**

**INTERVENÇÃO CIRÚRGICA** - Vide: Cirurgia

**INTIMAÇÃO**

Ausência - Ministério Público - Interesse de incapaz - Intervenção em segunda instância - Princípio da economia processual . . . **263**

Honorários periciais - Não-pagamento - Preclusão - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência . . . . . **290**

**INVALIDEZ PERMANENTE**

Seguro de vida - Prova - Processo de conhecimento - Necessidade - Execução - Extinção do processo . . . . . **215**

**INVENTÁRIO**

Arrolamento - Partilha amigável - Herdeiros - Posterior dissenso - Inventariante - Prestação de contas - Art. 991, VII, do CPC . . . . . **100**

União estável - Reconhecimento - Questão de alta indagação - Suspensão do processo . . . **120**

**INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA** - Vide: Prova

**IPSEMG**
Município - Convênio - Vedação - Servidor público municipal - Regime geral de previdência social - Lei 9.717/98 . . . . . **182**

**IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS**
Inaplicabilidade - Gratificação - Emprego público - Transformação - Função pública - Vantagem temporária - Incorporação à remuneração - Descabimento . . . . . **130**

**ISONOMIA SALARIAL** - Vide: Equiparação salarial

**ISS**
Não-incidência - Obrigação de dar ou entregar - Locação - Veículo (STF) . . . . . **465**

**- J -**

**JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL**
Instalação posterior - Infração penal de menor potencial ofensivo - Competência residual - Justiça Comum (STF) . . . . . **472**

Transação penal - Descumprimento - Suspensão condicional de processo - Revogação (STF) . . . . . **479**

**JUROS COMPOSTOS**
Admissibilidade - Cédula de crédito comercial . **139**

**JUROS**
Decreto 22.626/33 e art. 1.062 do CC/1916 - Multa - Art. 52, § 1º, do CDC - Contrato - Abertura de crédito - Conta corrente - Inadimplemento . . . . . **290**

Incidência - Depósito - Restituição - Cooperativa de crédito - Liquidação - Prazo . . **159**

Multa - Comissão de permanência - Cumulação - Cláusula potestativa - Confissão de dívida . **99**

Multa contratual - Instituição financeira - Comissão de permanência - Taxa de mercado - Cláusula potestativa - Nulidade . . . . . **251**

Percentual - Termo inicial - Pensão por morte - Súmula 204 do STJ . . . . . **263**

Termo inicial - Ação previdenciária - Pensão por morte - Avó - Guarda de menor - Estado - Ipsemg - Legitimidade passiva . . . . . **113**

**JUSTA CAUSA** - Vide: Crime contra o meio ambiente (STJ)

**JUSTIÇA COMUM**
Competência residual - Infração penal de menor potencial ofensivo - Juizado Especial Criminal - Instalação posterior (STF) . . **472**

**JUSTIÇA DO TRABALHO**
Competência - Emprego público - Parcelas vencidas - Prescrição - Art. 7º, XXIX, da CF . . **130**

**- L -**

**LATROCÍNIO**
Concurso de pessoas - Participação de menor importância - Não-configuração - Co-autor - Responsabilidade penal . . . . . **377**

**LAUDO PERICIAL**
Ausência - Irrelevância - Instrumento pérfuro-cortante - Roubo qualificado - Condenação . **385**

Ausência - Testemunha - Arma de fogo - Majorante - Voto vencido . . . . . **366**

Desnecessidade - Cheque - Assinatura falsa - Crime consumado - Reparação do dano - Irrelevância . . . . . **380**

**LEGÍTIMA** - Vide: Adiantamento da legítima

**LEGÍTIMA DEFESA**
Não-configuração - Lesão corporal grave - Deformidade permanente - Autoria - Materialidade - Prova . . . . . **362**

***LEGITIMATIO AD CAUSAM***
Ação de cobrança - Despesas - Transbordo - Ônibus - Irregularidade - Apreensão - Requisição - Empresa autorizada - Legitimidade ativa . . . . . **198**

Ação previdenciária - Pensão por morte - Avó - Guarda de menor - Estado - Ipsemg - Legitimidade passiva . . . . . **113**

Avó - Direito de visita - Separação judicial litigiosa - Ilegitimidade passiva . . . . . **61**

Comerciante - Banca de revista - Material inadequado para menor - Acondicionamento deficiente - Multa - Legitimidade passiva . . . . **85**

Indenização - Dano moral - Erro médico - Cirurgia - Negligência - Prova - Hospital - Operadora de plano de saúde - Legitimidade passiva - Responsabilidade solidária . . **285**

Indenização - Danos morais e estéticos - Erro médico - Cirurgia plástica - Estabelecimento de saúde - Legitimidade passiva . . . . . **81**

Mandado de segurança - Autoridade coatora - Superior hierárquico - Ato impugnado - Legitimidade passiva . . . . . **256**

Ministério Público - Legitimidade ativa - Alvará judicial - Controle de zoonose - Imóvel urbano - Relevância pública - Tutela específica . **301**

Servidor público estadual - Proventos integrais - Lei 869/52 - Rol de doenças não taxativo - Estado de Minas Gerais - Legitimidade passiva . . . . . .**76**

Usucapião - Imóvel - Posse - Pessoa jurídica - Sócio - Ilegitimidade ativa . . . . . **112**

Vide também: Mandado de segurança

**LEGITIMIDADE ATIVA** - Vide: *Legitimatio ad causam*

**LEGITIMIDADE PASSIVA** - Vide: *Legitimatio ad causam*

**LEI**

n. 4.591/64, art. 32 - Incorporação imobiliária - Registro de imóveis - Ausência - Unidade autônoma - Outorga de escritura - Impossibilidade . . . . . **254**

n. 5.764/71, art. 63, I, e 76 - Cooperativa de crédito - Liquidação - Prazo - Depósito - Restituição - Juros - Lei 6.024/74 - Inaplicabilidade . . . . . **159**

n. 7.210/84, art. 49 e 127 - Preso - Porte de telefone celular - Falta grave - Perda dos dias remidos - Resolução - Constrangimento ilegal - *Habeas corpus* - Concessão (STJ) . . . . **443**

n. 7.210/84, art. 126 - Pena - Remição pelo estudo - Possibilidade . . . . . **332**

n. 8.069/90, art. 33, § 3º - Art. 227 da CF - Guarda de menor - Avó - Pensão por morte . . . . **113**

n. 8.069/90, art. 78, 79 e 257 - Banca de revista - Material inadequado para menor - Acondicionamento deficiente . . . . . **85**

n. 8.069/90, art. 80 e 258 - Infração administrativa - Menor - Presença em estabelecimento que explore jogos de bilhar e bebida alcoólica - Responsabilidade do proprietário - Multa . **155**

n. 8.069/90, art. 149 e 258 - Infração administrativa - Menor - Presença em boate - Ausência de autorização - Auto de infração - Multa . . . . . **176**

n. 8.078/90, art. 2º e 3º - Aplicabilidade - Financiamento habitacional - Desequilíbrio contratual - Controle judicial - Possibilidade . . **171**

n. 8.078/90, art. 3º, § 2º, 6º, VI, e 14 - Banco - Inscrição de nome - SPC - Serviço defeituoso - Indenização - Dano moral . . . . . **69**

n. 8.078/90, art. 4º, III, 51, IV, e 54 - Plano de saúde - Tratamento médico-hospitalar - Medicamento - Negativa de cobertura - Cláusula abusiva - Nulidade - Contrato de adesão - Princípio da boa-fé . . . . . **189**

n. 8.078/90, art. 6º, VII e VIII - Acesso à Justiça - Facilitação da defesa do consumidor - Inversão do ônus da prova - Ação revisional - Cheque especial - Ausência do contrato . . . . . **308**

n. 8.078/90, art. 42, parágrafo único - Inaplicabilidade - Saldo devedor - Restituição - Cédula de crédito comercial - Relação de consumo - Não-caracterização . . . . . **139**

n. 8.078/90, art. 51 - Cláusula abusiva - Nulidade - Devolução de prestações -

Limitação - Previdência privada - Associado - Exclusão . . . . . **186**

n. 8.078/90, art. 52, § 1º - Aplicabilidade - Instituição financeira - Multa - Juros . . **251, 290**

n. 8.176/91, art. 1º, I - Crime contra a ordem econômica - Norma penal em branco - Tipicidade - Denúncia - Requisitos . . . . . **326**

n. 8.666/93, art. 13 e 25, II - Licitação - Inexigibilidade - Contrato administrativo - Município - Advogado - Elaboração de parecer - Notória especialização . . . . . **247**

n. 8.666/93, art. 25 e 26 - Licitação - Inexigibilidade - Serviço funerário - Permissão - Usurpação da função pública - Dolo - Ausência - Atipicidade - Absolvição . . . . . **393**

n. 9.099/95, art. 60 e 76 - Juizado Especial Criminal - Competência - Art. 82 da LC 59/2001 . . . . . **323**

n. 9.455/97 - Tratado internacional - Prevalência - Tortura - Definição - Crime próprio . . . **334**

n. 9.605/98, art. 40 - Loteamento clandestino - Unidade de conservação - Crime contra o meio ambiente (STJ) . . . . . **446**

n. 9.717/98, art. 1º, V - Regime geral de previdência social - Servidor público - Ipsemg - Município - Convênio - Vedação . . . . . **182**

n. 10.259/2001, art. 25 - Infração penal de menor potencial ofensivo - Juizado Especial Criminal - Instalação posterior - Competência residual - Justiça Comum (STF) . . . . . **472**

n. 10.792/2003 - Réu preso - Interrogatório - Ausência de citação - Advogado - Direito a entrevista - Nulidade . . . . . **356**

**LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL**

n. 59/2001, art. 82 - Juizado Especial Criminal - Competência - Art. 60 e 76 da Lei 9.099/95 . . . . . **323**

**LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

Art. 49 e 127 - Preso - Porte de telefone celular - Falta grave - Perda dos dias remidos - Resolução - Constrangimento ilegal - *Habeas corpus* - Concessão (STJ) . . . . **443**

Art. 126 - Pena - Remição pelo estudo - Possibilidade . . . . . **332**

**LEI DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Art. 82 - Juizado Especial Criminal - Competência - Art. 60 e 76 da Lei 9.099/95 . . **323**

**LEI DE USURA**

Juros - Art. 1.062 do CC/1916 - Contrato - Abertura de crédito - Conta corrente - Inadimplemento . . . . . **290**

**LEI ESTADUAL**

n. 869/52, art. 108, *e* - Rol de doenças não taxativo - Servidor público estadual - Aposentadoria por invalidez - Proventos integrais . . . . . **76**

n. 13.166/99, art. 10, § 2º - Honorários de advogado - Título executivo judicial - Defensor dativo - Estado - Pagamento - Obrigação . . . . . **89**

n. 14.184/2002, art. 65 - Administração Pública - Revisão de aposentadoria - Anulação do ato - Decadência - Prazo . . . . . **122**

**LEILÃO ELETRÔNICO**

Bem móvel - Fotografia - Internet - Defeito - Não-demonstração - Dever de informar . **212**

**LEILOEIRO PÚBLICO**

Indicação pelo credor - Art. 706 do CPC - Execução fiscal - Bem penhorado - Alienação - Tentativas frustradas . . . . . **92**

**LESÃO CORPORAL GRAVE**

Deformidade permanente - Autoria - Materialidade - Prova - Legítima defesa - Não-configuração . . . . . **362**

Qualificadora - Maus-tratos - Causa de aumento de pena - Vítima menor de 14 anos . **334**

**LETRA DE CÂMBIO**

Emissão - Instituição financeira - Mútuo - Inadimplemento - Cláusula-mandato - Cláusula potestativa - Nulidade . . . . . **282**

**LICENÇA**
Licença para tratamento de saúde - Servidor público - Reintegração ao cargo - Estágio probatório - Extinção do cargo - Exoneração - Ilegalidade . . . . . **66**

**LICITAÇÃO**
Inexigibilidade - Contrato administrativo - Município - Advogado - Elaboração de parecer - Notória especialização . . . . . **247**

Inexigibilidade - Serviço funerário - Permissão - Usurpação de função pública - Dolo - Ausência - Atipicidade - Absolvição . . . **393**

**LIMINAR**
Ação civil pública - Transferência de presos - Presídio - Reforma - Prazo - Ausência de razoabilidade . . . . . **64**

Mandado de segurança - Assistência médico-hospitalar - Medicamento - Direito à saúde . . **274**

Mandado de segurança - Ausência de requisitos - Transporte de passageiros - Veículo de aluguel - Fretamento - Autorização . . . . **236**

Requisitos - Medida cautelar - Recurso especial - Efeito suspensivo - Possibilidade - Competência - Tribunal de origem (STJ) . . . . . **430**

**LIMITE DE IDADE**
Beneficiário - Pensão - Previdência privada - Prorrogação - Impossibilidade - Princípio da autonomia da vontade das partes . . . . . **62**

**LIQUIDAÇÃO**
Cooperativa de crédito - Prazo - Depósito - Restituição - Juros - Incidência . . . . . **159**

**LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ**
Não-ocorrência - Ação civil pública - Honorários de advogado - Custas - Não-cabimento (STJ) . . . . . **407**

**LOCAÇÃO**
Veículo - Obrigação de dar ou entregar - ISS - Não-incidência (STF) . . . . . **465**

**LOTEAMENTO IRREGULAR**
Unidade de conservação - Crime contra o meio ambiente (STJ) . . . . . **446**

**- M -**

**MÁ-FÉ**
Ausência - Instituição financeira - Repetição do indébito - Restituição em dobro indevida . **251**

**MANDADO DE SEGURANÇA**
Autoridade coatora - Superior hierárquico - Ato impugnado - Legitimidade passiva . . . . **256**

Concessão - Apreensão de mercadoria - Infração fiscal - Apuração - Excesso de prazo . . . **244**

Concessão - ICMS - Redução da base de cálculo - Saída de mercadoria - Princípio da não-cumulatividade . . . . . **145**

Concessão - Liminar - Assistência médico-hospitalar - Medicamento - Direito à saúde . . . . . **274**

Concessão - Servidor público - Remoção - Ausência de motivação - Nulidade do ato - Legitimidade passiva . . . . . **128**

Concessão - Servidor público estadual - Aposentadoria por invalidez - Proventos integrais - Lei 869/52 - Rol de doenças não taxativo . . . . . **76**

Concessão - Servidor público estadual - Estabilidade - Requisitos - Direito adquirido . . . **78**

Decadência - Declaração prejudicial - Aproveitamento - Julgamento do mérito - Possibilidade . . . . . **122**

Denegação - Servidor público municipal - Pensão por morte - Ipsemg - Município - Convênio - Vedação . . . . . **182**

Liminar - Ausência de requisitos - Transporte de passageiros - Veículo de aluguel - Fretamento - Autorização . . . . . **236**

**MANDATO** - Vide: Procuração

**MÁQUINA "CAÇA-NÍQUEIS"** - Vide: Contravenção penal

**MARCA DE INDÚSTRIA**
Uso indevido - Concorrência desleal - Ação cominatória - Obrigação de não fazer . . . . . **296**

**MATERIALIDADE**
Autoria - Incêndio - Dano qualificado - Desclassificação - Impossibilidade - Casa habitada - Causa de aumento de pena . . . . . **342**

Autoria - Prova - Furto - Falsa identidade - Concurso material - Condenação . . . . . **396**

Autoria - Prova - Lesão corporal grave - Deformidade permanente - Legítima defesa - Não-configuração . . . . . **362**

**MAUS-TRATOS**
Qualificadora - Lesão corporal grave - Causa de aumento de pena - Vítima menor de 14 anos . . . . . **334**

**MEDICAMENTO**
Assistência médico-hospitalar - Direito à saúde - Mandado de segurança - Concessão . . . **274**

Negativa de cobertura - Plano de saúde - Cláusula abusiva - Nulidade - CDC . . . **189**

**MEDIDA CAUTELAR**
Exibição de documento - Tabela de unidade de reembolso de seguro - Ônus da prova . **310**

Liminar - Requisitos - Recurso especial - Efeito suspensivo - Possibilidade - Competência - Tribunal de origem (STJ) . . . . . **430**

**MENOR**
Guarda - Avó - Pensão por morte . . . . . **113**

Material inadequado - Acondicionamento deficiente - Banca de revista . . . . . **85**

Presença em boate - Ausência de autorização - Infração administrativa - Multa . . . . . **176**

Presença em estabelecimento que explore jogos de bilhar e bebida alcoólica - Responsabilidade do proprietário - Infração administrativa - Multa . . . . . **155**

**MÉRITO** - Vide: Mandado de segurança

**MINISTÉRIO PÚBLICO**
Falta de intimação - Interesse de incapaz - Intervenção em segunda instância - Ausência de prejuízo - Princípio da economia processual . . . . . **263**

Legitimidade ativa - Alvará judicial - Controle de zoonose - Imóvel urbano - Relevância pública - Tutela específica . . . . . **301**

**MORA**
Mora *ex re* - Notificação pessoal - Prescindibilidade - Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Decreto-lei 911/69 - Constitucionalidade . . . . . **306**

**MOTIVO TORPE** - Vide: Homicídio qualificado

**MULTA**
Aplicação - Litigância de má-fé - Interposição de recurso - Caráter abusivo - Art. 557, § 2º, c/c art. 14, II e III, e 17, VII, do CPC (STF) . . . . . **463**

Art. 52, § 1º, do CDC - Juros - Decreto 22.626/33 e art. 1.062 do CC/1916 - Contrato - Abertura de crédito - Conta corrente - Inadimplemento . . . . . **290**

Comerciante - Banca de revista - Material inadequado para menor - Acondicionamento deficiente - Auto de infração . . . . . **85**

Infração administrativa - Menor - Presença em boate - Ausência de autorização - Auto de infração . . . . . **176**

Infração administrativa - Menor - Presença em estabelecimento que explore jogos de bilhar e bebida alcoólica - Responsabilidade do proprietário . . . . . **155**

Juros de mora - Comissão de permanência - Cumulação - Cláusula potestativa - Confissão de dívida . . . . . **99**

Multa contratual - Juros - Instituição financeira - Comissão de permanência - Taxa de mercado - Cláusula potestativa - Nulidade . . . **251**

Multa diária - Ausência de previsão legal - Medida cautelar - Exibição de documento . . . . . **310**

Multa moratória - Redução - Retroatividade da lei mais benéfica - Possibilidade - Art. 106, II, *c*, do CTN (STJ) . . . . . **421**

Vide também: Pena de multa

**MULTA COMPENSATÓRIA**
Perda das arras - Cumulação - Ausência de previsão contratual - Impossibilidade . . . . . **177**

**MUNICÍPIO**
Ipsemg - Convênio - Vedação - Servidor público - Regime geral de previdência social - Lei 9.717/98 . . . . . **182**

**MÚTUO**
Inadimplemento - Cláusula-mandato - Letra de câmbio - Emissão - Instituição financeira - Cláusula potestativa - Nulidade . . . . . **282**

**- N -**

**NEGLIGÊNCIA**
Erro médico - Indenização - Dano moral - Hospital - Dissociação de responsabilidade . . . . . **208**

Erro médico - Indenização - Dano moral - Hospital - Operadora de plano de saúde - Responsabilidade solidária . . . . . **285**

**NEGÓCIO JURÍDICO**
Validade - Alienação de bens - Descendente - Procuração - Vício de consentimento - Não-configuração - Exercício regular de direito . . . **201**

**NEXO CAUSAL**
Ausência - Vídeo loteria *off line* interativa - Aquisição de máquina anterior à Resolução - Loteria do Estado de Minas Gerais - Invalidação . . . . . **165**

Previsibilidade objetiva - Ausência - Homicídio culposo - Culpa exclusiva da vítima - Culpa presumida - Inadmissibilidade - Absolvição . . **351**

**NORMA PENAL EM BRANCO**
Portaria - ANP - Ato administrativo - Crime contra a ordem econômica - Gás liquefeito - Tipicidade . . . . . **326**

**NOTA PROMISSÓRIA**
Natureza causal - Contrato bancário - Vinculação - Execução . . . . . **242**

**NOTIFICAÇÃO**
Necessidade - Seguro - Veículo - Inadimplemento - Suspensão da cobertura - Indenização devida . . . . . **123**

Notificação pessoal - Prescindibilidade - Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Mora *ex re* - Decreto-lei 911/69 - Constitucionalidade . **306**

**NULIDADE**
Ato administrativo - Remoção - Servidor público - Ausência de motivação . . . . . **128**

Ausência - Sentença penal - Regime de cumprimento da pena - Omissão - Suprimento em segunda instância - Ausência de nulidade . **380**

Ausência - Tribunal do Júri - Quesitos - Deficiência - Ausência de prejuízo - Irregularidade . . . . . **338**

Ausência de citação - Réu preso - Interrogatório - Advogado - Direito a entrevista - Princípio da ampla defesa . . . . . **356**

Cláusula abusiva - Plano de saúde - Tratamento médico-hospitalar - Medicamento - Negativa de cobertura . . . . . **189**

Cláusula abusiva - Previdência privada - Associado - Exclusão - Devolução de prestações - Limitação . . . . . **186**

Cláusula potestativa - Cláusula-mandato - Mútuo - Inadimplemento - Letra de câmbio - Emissão . . . . . **282**

Cláusula potestativa - Comissão de permanência - Indeterminação - Juros compostos - Cédula de crédito comercial - Admissibilidade . . . **139**

Cláusula potestativa - Comissão de permanência - Taxa de mercado - Instituição financeira - Juros - Multa contratual . . . . . **251**

Decisão - Denúncia - Recebimento - Rejeição posterior - Trancamento da ação penal - Impossibilidade - Preclusão . . . . . **350**

Duplicata - Protesto de título - Leilão eletrônico - Bem móvel - Defeito - Fotografia - Internet - Não-demonstração - Dever de informar . . **212**

**- O -**

**OBRIGAÇÃO DE FAZER**

Condomínio - Retirada de animal - Risco à saúde de condômino - Regimento interno - Proibição . . . . . **260**

**OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER**

Ação cominatória - Marca de indústria - Uso indevido - Concorrência desleal . . . . . **296**

**OBRIGAÇÃO DE RESULTADO**

Erro médico - Cirurgia plástica - Culpa presumida - Indenização - Danos morais e estéticos . . . . . **81**

**ÔNIBUS** - Vide: Transporte rodoviário

**ÔNUS DA PROVA** - Vide: Prova

**ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA** - Vide: Sucumbência

**OUTORGA DE ESCRITURA**

Impossibilidade - Unidade autônoma - Incorporação imobiliária - Registro de imóveis - Ausência . . . . . **254**

**- P -**

**PAGAMENTO**

Corretora de seguros - Validade - Teoria da aparência - Indenização securitária . . . **123**

Obrigação - Estado - Honorários de advogado - Defensor dativo . . . . . **89**

Transbordo - Ônibus - Irregularidade - Apreensão - Requisição - Empresa autorizada - Art. 85, § 1º, do Decreto 2.521/98 . . . . . **198**

**PARTICIPAÇÃO** - Vide: Concurso de pessoas

**PARTILHA**

Partilha amigável - Inventário - Arrolamento - Herdeiros - Posterior dissenso - Inventariante - Prestação de contas - Art. 991, VII, do CPC . . . . . **100**

União estável - Dissolução - Regime de bens - Separação obrigatória - Súmula 377 do STF - Prova do esforço comum - Inexigibilidade (STJ) . . . . . **409**

**PENA**

Fixação - Circunstâncias judiciais - Pena privativa de liberdade - Multa - Princípio da proporcionalidade (STJ) . . . . . **446**

Fixação - Circunstâncias judiciais - Reincidência - Pena privativa de liberdade - Regime inicial fechado - Multa - Princípio da proporcionalidade . . . . . **328**

Fixação - Maus-tratos - Qualificadora - Lesão corporal grave - Causa de aumento de pena - Vítima menor de 14 anos . . . . . **334**

Fixação acima do mínimo - Confissão espontânea - Reincidência - Preponderância - Majorante - Ausência de laudo pericial - Voto vencido . . . . . **366**

Fixação acima do mínimo legal - Circunstâncias judiciais - Confissão espontânea - Reincidência - Preponderância . . . . . **366**

Fixação aquém do mínimo legal - Atenuante - Impossibilidade (STJ) . . . . . **433**

Pena privativa de liberdade - Conversão - Ilegalidade - Prestação de serviços à comunidade - Transação penal - Descumprimento . . . . . **323**

Redução - Circunstância atenuante - Reconhecimento pelo Tribunal *ad quem* - Homicídio qualificado . . . . . **338**

Remição pelo estudo - Possibilidade - Trabalho intelectual . . . . . **332**

**PENA DE MULTA**
Pena privativa de liberdade - Circunstâncias judiciais - Princípio da proporcionalidade (STJ) . . . . . **446**

Pena privativa de liberdade - Regime inicial fechado - Princípio da proporcionalidade . . . . . **328**

**PENA RESTRITIVA DE DIREITOS**
*Sursis* - Incompatibilidade - Roubo qualificado - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido . . . . . **403**

**PENHORA**
Imóvel rural - Localização em outro Estado - Propriedade de terceiro - Recusa pelo credor - Nomeação de bens - Ineficácia . . . . . **185**

Nomeação de bens - Recusa pelo credor - Dinheiro - Penhora *on-line* - Faturamento mensal - Limite . . . . . **135**

Penhora *on-line* - Possibilidade - Bens penhoráveis - Inexistência - Convênio Bacen-Jud . . . . . **71**

Veículo - Execução fiscal - Alienação - Tentativas frustradas - Leiloeiro público - Indicação pelo credor . . . . . **92**

**PENHORA *ON-LINE*** - Vide: Penhora

**PENSÃO**
Dependência econômica - Ausência de prova - Indenização - Dano moral - Policial militar - Assassinato em dia de folga - Responsabilidade civil do Estado . . . . . **151**

Pensão por morte - Avó - Guarda de menor - Estado - Ipsemg - Ação previdenciária - Legitimidade passiva . . . . . **113**

Pensão por morte - Interesse de incapaz - Ministério Público - Intervenção em segunda instância - Prescrição - Não-ocorrência - Juros de mora - Percentual - Termo inicial . . . . **263**

Pensão por morte - Previdência privada - Beneficiário - Limite de idade - Prorrogação - Impossibilidade - Princípio da autonomia da vontade das partes . . . . . **62**

Pensão por morte - Servidor público - Ipsemg - Município - Convênio - Vedação . . . . . **182**

**PENSÃO PREVIDENCIÁRIA**
Direito dos conviventes - Casamento - Duplicidade - Impedimento . . . . . **158**

**PERÍCIA**
Honorários - Intimação - Não-pagamento - Preclusão - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência . . . . . **290**

Vide também: Laudo pericial

***PERICULUM IN MORA***
*Fumus boni juris* - Mandado de segurança - Liminar - Transporte de passageiros - Veículo de aluguel - Fretamento - Autorização . . **236**

*Fumus boni juris* - Tutela específica - Controle de zoonose - Imóvel urbano - Relevância pública - Alvará judicial . . . . . **301**

**PERÍODO DE CARÊNCIA**
Inexigibilidade - Plano de saúde - Prestação de serviços médico-hospitalares - Parto prematuro - Recém-nascido - Emergência . **227**

**PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO** - Vide: Serviço público

**PESSOA JURÍDICA**
Cheque - Emissão - Contrato social - Exigência da assinatura de todos os sócios - Descumprimento - Terceiro de boa-fé - Validade do título . . . . . **258**

Posse - Usucapião - Imóvel - Sócio - Ilegitimidade ativa . . . . . **112**

Preposto - Culpa - Acidente de trânsito - Indenização - Dano moral . . . . . **316**

**PETIÇÃO INICIAL**
Indeferimento - Ação revisional - Cheque especial - Ausência do contrato - Banco - Inversão do ônus da prova - Extinção do processo - Não-ocorrência . . . . . **308**

**PLANO DE SAÚDE**
Convênio - Autarquia federal - Servidor público - Transformação do cargo - Perda do vínculo funcional - Fato do príncipe . . . . . **266**

Operadora - Hospital - Responsabilidade solidária - Erro médico - Negligência - Prova . . . . **285**

Prestação de serviços médico-hospitalares - Parto prematuro - Recém-nascido - Emergência - Carência - Inexigibilidade . . . . . **227**

Tratamento médico-hospitalar - Medicamento - Negativa de cobertura - Cláusula abusiva - Nulidade - CDC . . . . . **189**

**PODER DE POLÍCIA** - Vide: Administração Pública

**POLÍCIA RODOVIÁRIA** - Vide: Transporte rodoviário

**POLICIAL MILITAR**
Assassinato em dia de folga - Fato do serviço - Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo . . . . . **151**

**PORTARIA**
n. 297/2003 - ANP - Ato administrativo - Crime contra a ordem econômica - Norma penal em branco - Tipicidade . . . . . **326**

**PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO**
Roubo qualificado - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Pena restritiva de direitos - *Sursis* - Incompatibilidade . . . . . **403**

**POSSE** - Vide: Usucapião

**PRECATÓRIO**
Herdeiro - Habilitação - Competência - Juízo da execução . . . . . **65**

**PRECLUSÃO**
Ausência de contestação - Embargos do devedor - Valor do débito - Fazenda Pública . . . . **242**

Quesitos - Deficiência - Ausência de prejuízo - Irregularidade - Tribunal do Júri - Homicídio qualificado . . . . . **338**

Recebimento da denúncia - Rejeição posterior - Trancamento de ação penal - Impossibilidade . . . . . **350**

**PRÊMIO** - Vide: Seguro

**PREPOSTO**
Culpa - Acidente de trânsito - Pessoa jurídica - Indenização - Dano moral . . . . . **316**

**PRESCRIÇÃO**
Decadência - Não-ocorrência - Servidor público - Estabilidade - Direito adquirido - Mandado de segurança - Concessão . . . . . **78**

Não-ocorrência - Ação de cobrança - Pensão por morte - Interesse de incapaz - Curatela - Voto vencido . . . . . **263**

Não-ocorrência - Correção monetária - Previdência privada - Reserva de poupança - Restituição . . . . . **221**

Parcelas vencidas - Emprego público - Art. 7º, XXIX, da CF - Competência - Justiça do Trabalho . . . . . **130**

Prazo - Indenização - Transporte internacional de passageiros - Convenção de Varsóvia - Prevalência (STF) . . . . . **468**

**PRESÍDIO**
Reforma - Transferência de presos - Ação civil pública - Liminar - Prazo - Ausência de razoabilidade . . . . . **64**

**PRESO**
Porte de telefone celular - Falta grave - Perda dos dias remidos - Resolução - Art. 49 da Lei 7.210/84 - Constrangimento ilegal - *Habeas corpus* - Concessão (STJ) . . . . . **443**

**PRESTAÇÃO DE CONTAS**
Inventário - Arrolamento - Partilha amigável - Herdeiros - Posterior dissenso - Inventariante - Art. 991, VII, do CPC . . . . . **100**

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇO**
Advocacia - Elaboração de parecer - Notória especialização - Contrato administrativo - Município - Licitação - Inexigibilidade . . **247**

Serviço funerário - Permissão - Licitação - Inexigibilidade - Usurpação de função pública - Dolo - Ausência - Absolvição . . . . . **393**

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE**
Transação penal - Descumprimento - Pena privativa de liberdade - Conversão - Ilegalidade . . . . . **323**

**PRESUNÇÃO RELATIVA**
Negócio jurídico - Validade - Alienação de bens - Descendente - Procuração - Vício de consentimento - Não-configuração - Exercício regular de direito . . . . . **201**

**PREVIDÊNCIA PRIVADA**
Associado - Exclusão - Devolução de prestações - Limitação - Cláusula abusiva - Nulidade . **186**

Competência jurisdicional - Foro - Local de cumprimento da obrigação . . . . . **299**

Desligamento de empregado - Reserva de poupança - Restituição - Correção monetária - Incidência . . . . . **221**

Pensão por morte - Beneficiário - Limite de idade - Prorrogação - Impossibilidade - Princípio da autonomia da vontade das partes . . . . . **62**

**PREVIDÊNCIA SOCIAL**
Regime geral de previdência social - Lei 9.717/98 - Servidor público - Ipsemg - Município - Convênio - Vedação . . . . . **182**

**PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA**
Princípio do contraditório - Violação - Sentença - Inquérito policial - Testemunha - Prova exclusiva . . . . . **96**

Réu preso - Interrogatório - Ausência de citação - Advogado - Direito a entrevista - Nulidade . **356**

**PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES**
Previdência privada - Pensão por morte - Beneficiário - Limite de idade - Prorrogação - Impossibilidade . . . . . **62**

**PRINCÍPIO DA BOA-FÉ**
Art. 4º, III, do CDC - Plano de saúde - Medicamento - Negativa de cobertura - Cláusula abusiva . . . . . **189**

**PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA**
Bem móvel - Defeito - Fotografia - Leilão eletrônico - Internet - Dever de informar . . . . . **212**

Plano de saúde - Prestação de serviços médico-hospitalares - Parto prematuro - Recém-nascido - Emergência - Carência - Inexigibilidade . . . . . **227**

**PRINCÍPIO DA CONFIANÇA** - Vide: Crime de trânsito

**PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO**
Receptação - Estelionato - Veículo furtado - Compra - Desmonte - Adulteração . . . . **345**

**PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL**
Ação de cobrança - Pensão por morte - Interesse de incapaz - Ministério Público - Falta de intimação - Intervenção em segunda instância - Ausência de prejuízo . . . **263**

**PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ**
Inaplicabilidade - Processo penal . . . . . **377**

Relatividade - Promoção de juiz . . . . . **260**

**PRINCÍPIO DA IGUALDADE**
Inaplicabilidade - Educador infantil - Professor municipal - Qualificação e atribuições diversas - Equiparação - Impossibilidade . . . **271**

**PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**
Circunstâncias judiciais - Pena privativa de liberdade - Multa - Princípio da proporcionalidade (STJ) . . . . . **446**

**PRINCÍPIO DA ISONOMIA** - Vide: A inconstitucionalidade do sistema de quotas: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano - Carlos Frederico Braga da Silva (doutrina) . . . . . **27**

**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE** - Vide: Atipicidade conglobante e crime de fraude no

pagamento por meio de cheque - Amaury Silva (doutrina) . . . . . **21**

**PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE**
ICMS - Redução da base de cálculo - Saída de mercadoria . . . . . **145**

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**
Pena de multa - Pena privativa de liberdade - Regime inicial fechado . . . . . **328**

Pena privativa de liberdade - Pena de multa (STJ) . . . . . **446**

**PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**
Princípio da ampla defesa - Violação - Sentença - Inquérito policial - Testemunha - Prova exclusiva . . . . . **96**

**PRISÃO PREVENTIVA**
Homicídio qualificado - Periculosidade do agente - Ameaça a testemunha - Fuga . . . . . **391**

**PROCESSO CIVIL** - Vide: Extinção do processo - Suspensão do processo

**PROCESSO DE CONHECIMENTO**
Necessidade - Seguro de vida - Invalidez permanente - Prova - Execução - Extinção do processo . . . . . **215**

**PROCESSO PENAL**
Denúncia - Recebimento - Rejeição posterior - Trancamento de ação penal - Impossibilidade - Preclusão . . . . . **350**

Princípio da identidade física do juiz - Inaplicabilidade . . . . . **377**

**PROCURAÇÃO**
Alienação de bens - Vício de consentimento - Não-configuração - Exercício regular de direito - Doação a descendente - Adiantamento da legítima . . . . . **201**

**PRODUTO DEFEITUOSO** - Vide: Bem móvel

**PROFESSOR** - Vide: Servidor público

**PROMESSA DE COMPRA E VENDA**
Imóvel - Inadimplemento - Rescisão contratual - Devolução das parcelas pagas . . . . . **177**

Imóvel - Taxa de condomínio - Rescisão contratual - Proprietário - Obrigação *propter rem* . . . **280**

Vide também: Compra e venda

**PROTESTO DE TÍTULO**
Duplicata - Nulidade - Leilão eletrônico - Bem móvel - Defeito - Fotografia - Internet - Não-demonstração - Dever de informar . . . . **212**

**PROVA**
Arma de fogo - Potencialidade lesiva - Ausência de laudo pericial - Testemunha - Roubo - Majorante - Voto vencido . . . . . **366**

Ausência - Dependência econômica - Pensão - Não-cabimento - Indenização - Dano moral - Policial militar - Assassinato em dia de folga - Responsabilidade civil do Estado . . . . **151**

Ausência - Quadrilha - Concurso de pessoas - Veículo furtado - Compra - Desmonte - Adulteração - Estelionato - Receptação - Consunção . . . . . **345**

Ausência - Terra devoluta - Terreno urbano - Inexistência de registro - Usucapião - Procedência do pedido . . . . . **93**

Autoria - Materialidade - Furto - Falsa identidade - Concurso material - Condenação . . . . **396**

Autoria - Materialidade - Incêndio - Dano qualificado - Desclassificação - Impossibilidade . **342**

Autoria - Materialidade - Lesão corporal grave - Deformidade permanente - Legítima defesa - Não-configuração . . . . . **362**

Esforço comum - Inexigibilidade - Partilha - União estável - Dissolução - Regime de bens - Separação obrigatória (STJ) . . . **409**

Indícios - Ausência - Tribunal do Júri - Imparcialidade - Dúvida - Desaforamento - Indeferimento do pedido . . . . . **364**

Invalidez permanente - Seguro de vida - Processo de conhecimento - Necessidade - Execução - Extinção do processo . . . . **215**

Inversão do ônus da prova - Banco - Ação revisional - Cheque especial - Ausência do contrato - Facilitação da defesa do consumidor . . . . **308**

Negligência - Erro médico - Hospital - Operadora de plano de saúde - Responsabilidade solidária . . . . . **285**

Ônus da prova - Seguradora - Suicídio premeditado - Ação de cobrança - Seguro de vida - Inquérito policial - Testemunha - Prova exclusiva - Ampla defesa - Contraditório - Inobservância . . . . . **96**

Ônus da prova - Tabela de unidade de reembolso de seguro - Seguradora - Exibição de documento - Resistência - Sucumbência . . . . **310**

Prova inequívoca - Ausência - Tutela antecipada - Falta de requisitos - Marca de indústria - Uso indevido . . . . . **296**

Risco à saúde de condômino - Condomínio - Obrigação de fazer - Retirada de animal - Regimento interno - Proibição . . . . . **260**

Valoração - Crime de trânsito - Homicídio culposo - Nexo causal - Previsibilidade objetiva - Ausência . . . . . **351**

Valoração - Delação - Co-autor - Confissão - Estelionato - Crime consumado . . . . . **380**

Valoração - Delação - Co-autor - Confissão - Estelionato - Crime consumado . . . . . **380**

Valoração - Testemunha - Roubo qualificado - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Restrição à liberdade da vítima - Condenação . . . . . **385**

**PROVA TESTEMUNHAL** - Vide: Testemunha

**PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET** - Vide: VoIP versus ICMS - Fernando Neto Botelho (doutrina)

**PROVENTOS**

Proventos integrais - Aposentadoria por invalidez - Servidor público estadual - Lei 869/52 - Rol de doenças não taxativo . . **76**

**- Q -**

**QUADRILHA**

Ausência de prova - Estelionato - Receptação - Consunção - Veículo furtado - Compra - Desmonte - Adulteração - Concurso de pessoas . . . . . **345**

Emprego de arma - Concurso de pessoas - Crime continuado - Maior número de infração - Competência por conexão - Art. 78, II, *b*, do CPP . . . . . **399**

**QUESITOS**

Deficiência - Irregularidade - Ausência de prejuízo - Tribunal do Júri - Homicídio qualificado . **338**

**- R -**

**RECEPTAÇÃO**

Consunção - Estelionato - Veículo furtado - Compra - Desmonte - Adulteração . . . . **345**

**RECONHECIMENTO PESSOAL** - Vide: Testemunha

**RECURSO**

Agravo - Caráter abusivo - Litigância de má-fé - Multa (STF) . . . . . **463**

Apelação criminal - Direito de recorrer - Renúncia - Princípio da disponibilidade . . . . . **396**

Reexame necessário - *Reformatio in pejus* - Vedação - Fazenda Pública - Execução . . . . . **242**

**RECURSO ADESIVO**

Não-conhecimento - Recurso principal - Matéria diversa - Contraposição - Ausência . . . **177**

**RECURSO DA ACUSAÇÃO**

Ampla devolutividade - *Reformatio in melius* (STJ) . . . . . **433**

**RECURSO ESPECIAL**

Efeito suspensivo - Medida cautelar - Possibilidade - Competência - Tribunal de origem (STJ) . . . . . **430**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO**
Não-conhecimento - Interposição antes de publicação do acórdão - Acompanhamento eletrônico - Irrelevância (STF) . . . . . **463**

***REFORMATIO IN PEJUS***
Vedação - Fazenda Pública - Execução . . **242**

**REGIME DE BENS**
Aplicabilidade - União estável - Dissolução - Separação obrigatória - Súmula 377 do STF - Partilha - Prova do esforço comum - Inexigibilidade (STJ) . . . . . **409**

**REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA**
Regime inicial fechado - Homicídio qualificado - Crime hediondo . . . . . **338**

Regime inicial fechado - Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Arma de brinquedo - Grave ameaça . . . . . **328**

Regime semi-aberto - Roubo - Extorsão - Crime continuado - Circunstâncias judiciais favoráveis . . . . . **370**

Sentença penal - Omissão - Suprimento em segunda instância - Ausência de nulidade . **380**

**REGIME FECHADO** - Vide: Regime de cumprimento da pena

**REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL** - Vide: Previdência social

**REGIME SEMI-ABERTO** - Vide: Regime de cumprimento da pena

**REGIMENTO INTERNO**
Condomínio - Retirada de animal - Risco à saúde de condômino - Proibição . . . . . **260**

**REGISTRO CIVIL**
Casamento - Profissão - Erro - Elemento essencial - Ausência - Retificação - Falta de interesse processual . . . . . **234**

**REGISTRO DE CASAMENTO** - Vide: Registro civil

**REGISTRO DE IMÓVEIS**
Ausência - Incorporação imobiliária - Unidade autônoma - Outorga de escritura - Impossibilidade . . . . . **254**

**REINCIDÊNCIA**
Preponderância - Confissão espontânea - Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Emprego de arma - Ausência de laudo pericial - Voto vencido . . . . . **366**

**REINTEGRAÇÃO**
Servidor público - Estágio probatório - Licença-saúde - Extinção do cargo - Exoneração - Ilegalidade . . . . . **66**

**RELAÇÃO DE CONSUMO** - Vide: Código de Defesa do Consumidor

**REMIÇÃO**
Auto de arrematação - Assinatura posterior - Flexibilização do prazo - Art. 788, I, do CPC . . . . . **143**

Pena - Estudo - Possibilidade - Trabalho intelectual . . . . . **332**

**REMOÇÃO**
Servidor público - Ausência de motivação - Nulidade do ato - Mandado de segurança - Concessão . . . . . **128**

**RENÚNCIA**
Direito de recorrer - Defensor dativo - Princípio da disponibilidade . . . . . **396**

**REPARAÇÃO DO DANO** - Vide: Estelionato

**REPETIÇÃO DO INDÉBITO**
Instituição financeira - Ausência de má-fé - Restituição em dobro indevida . . . . . **251**

Telefonia fixa - Pulsos excedentes - Fatura - Detalhamento - Obrigatoriedade - Termo inicial - Improcedência do pedido . . . . . **110**

**RESCISÃO CONTRATUAL**
Promessa de compra e venda - Imóvel - Inadimplemento - Devolução das parcelas pagas . . . . . **177**

**RESERVA DE POUPANÇA** - Vide: Previdência privada

**RESOLUÇÃO**
n. 432/2006 - Anatel - Decreto 4.733/2003 - Telefonia fixa - Pulsos excedentes - Fatura - Detalhamento - Obrigatoriedade - Termo inicial . **110**

**RESPONSABILIDADE CIVIL**
Indenização - Dano material - Furto de veículo - Estacionamento - Ceasa . . . . . **218**

Indenização - Dano moral - Ato ilícito - Acidente de trânsito - Preposto - Culpa - Seguro - Danos pessoais . . . . . **316**

Indenização - Dano moral - Erro médico - Negligência - Hospital - Dissociação de responsabilidade . . . . . **208**

Indenização - Danos morais e materiais - Acidente de trânsito - Atropelamento - Criança - Culpa *in vigilando* . . . . . **206**

Indenização - Danos morais e materiais - Assalto a mão armada - Estacionamento - *Shopping center* . . . . . **193**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**
Indenização - Dano moral - Ato ilícito - Teoria do risco administrativo - Policial militar - Assassinato em dia de folga - Fato do serviço . **151**

**RESPONSABILIDADE OBJETIVA**
Banco - Inscrição de nome - SPC - Serviço defeituoso - Indenização - Dano moral . . **69**

*Shopping center* - Estacionamento - Assalto a mão armada - Indenização - Danos morais e materiais . . . . . **193**

**RESPONSABILIDADE PENAL**
Co-autor - Latrocínio - Participação de menor importância - Não-configuração . . . . . **377**

**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA**
Hospital - Operadora de plano de saúde - Erro médico - Negligência - Prova . . . . . **285**

Não-ocorrência - Hospital - Erro médico - Negligência - Indenização - Dano moral . . . . . **208**

**RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA**
Emprego de arma - Concurso de pessoas - Roubo qualificado . . . . . **385**

**RETIFICAÇÃO** - Vide: Registro civil

**RETROATIVIDADE DA LEI**
Possibilidade - Lei mais benéfica - Multa - Redução - Art. 106, II, *c*, do CTN (STJ) . . . . . **421**

**RÉU PRESO**
Interrogatório - Ausência de citação - Advogado - Direito a entrevista - Princípio da ampla defesa . . . . . **356**

**RÉU PRIMÁRIO**
Pena - Fixação no mínimo legal - Regime semi-aberto - Roubo - Extorsão - Crime continuado . . . . . **370**

**REVISIONAL DE CONTRATO** - Vide: Ação revisional de contrato

**REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO** - Vide: Doação

**RISCO ADMINISTRATIVO**
Responsabilidade civil do Estado - Indenização - Dano moral - Policial militar - Assassinato em dia de folga - Fato do serviço . . . . . **151**

**ROUBO**
Extorsão - Crime continuado - Requisitos - Pena - Circunstâncias judiciais - Fixação no mínimo legal - Regime semi-aberto . . . **370**

Veículo - Recuperação - Defeito - Uso - Inviabilidade - Seguro - Indenização - Valor da apólice . . . . . **231**

**ROUBO QUALIFICADO**
Arma de fogo - Concurso de pessoas - Interrogatório - Réu preso - Ausência de citação - Advogado - Direito a entrevista - Nulidade . . . . . **356**

Concurso de pessoas - Arma de brinquedo - Grave ameaça - Furto - Desclassificação - Impossibilidade . . . . . **328**

Concurso de pessoas - Arma de fogo - Ausência de laudo pericial - Voto vencido - Pena - Fixação acima do mínimo - Confissão espontânea - Reincidência - Preponderância . . **366**

Concurso de pessoas - Emprego de arma - Porte ilegal - Pena restritiva de direitos - *Sursis* - Incompatibilidade . . . . . **403**

Emprego de arma - Concurso de pessoas - Quadrilha - Crime continuado - Maior número de infração - Competência por conexão - Art. 78, II, *b*, do CPP . . . . . **399**

Emprego de arma - Concurso de pessoas - Restrição à liberdade da vítima . . . . . **385**

**- S -**

**SALDO DEVEDOR**
Restituição - Cédula de crédito comercial - Relação de consumo - Não-caracterização . . . . . **139**

Vide também: Conta corrente

**SEGURO**
Exibição de documento - Tabela de unidade de reembolso de seguro - Entrega - Ônus da prova . . . . . **310**

Indenização - Acidente de trânsito - Motorista - Falta de habilitação para dirigir veículo - Agravamento do risco - Improcedência do pedido . . . . . **87**

Renovação - Cláusula contratual - Modificação - Abusividade - Inexistência . . . . . **270**

Seguro de vida - Invalidez permanente - Prova - Necessidade - Execução - Extinção do processo . . . . . **215**

Seguro de vida - Suicídio premeditado - Seguradora - Ônus da prova . . . . . **96**

Veículo - Inadimplemento - Suspensão da cobertura - Notificação - Necessidade . **123**

Veículo - Roubo - Recuperação - Defeito - Uso - Inviabilidade - Indenização - Valor da apólice - Perfil do segurado - Alteração - Diferença do prêmio . . . . . **231**

Veículo - Transferência - Apólice - Ausência de vedação - Agravamento do risco - Não-ocorrência - Danos pessoais - Dano moral - Abrangência - Acidente de trânsito - Indenização . . . . . **316**

**SEGURO DE VIDA** - Vide: Seguro

**SENTENÇA CIVIL**
Fazenda Pública - Reexame necessário - *Reformatio in pejus* - Vedação . . . . . **242**

Promoção de juiz - Princípio da identidade física - Relatividade . . . . . **260**

**SENTENÇA PENAL**
Fundamentação - Nulidade - Não-ocorrência - Circunstâncias judiciais - Pena - Fixação acima do mínimo legal . . . . . **366**

Princípios do contraditório e da ampla defesa - Violação - Inquérito policial - Testemunha - Prova exclusiva . . . . . **96**

Regime de cumprimento da pena - Omissão - Suprimento em segunda instância - Ausência de nulidade . . . . . **380**

**SEPARAÇÃO DE BENS** - Vide: Regime de bens (STJ)

**SEPARAÇÃO JUDICIAL**
Separação judicial litigiosa - Direito de visita - Avó - Ilegitimidade passiva . . . . . **61**

**SERVIÇO DEFEITUOSO**
Inscrição de nome - SPC - Banco - Indenização - Dano moral . . . . . **69**

*Shopping center* - Estacionamento - Assalto a mão armada - Indenização - Danos morais e materiais . . . . . **193**

**SERVIÇO FUNERÁRIO** - Vide: Serviço público

**SERVIÇO PÚBLICO**
Permissão - Serviço funerário - Licitação - Inexigibilidade - Usurpação de função pública - Dolo - Ausência - Atipicidade - Absolvição . . . . . **393**

**SERVIDOR PÚBLICO**
Autarquia federal - Plano de saúde - Convênio - Transformação do cargo - Perda do vínculo funcional - Fato do príncipe . . . . . **266**

Educador infantil - Professor municipal - Qualificação e atribuições diversas - Equiparação - Impossibilidade . . . . . **271**

Reintegração ao cargo - Estágio probatório - Licença-saúde - Extinção do cargo - Exoneração - Ilegalidade . . . . . **66**

Remoção - Ausência de motivação - Nulidade do ato - Mandado de segurança - Concessão . . . . . **128**

Servidor público estadual - Aposentadoria por invalidez - Proventos integrais - Lei 869/52 - Rol de doenças não taxativo . . . . . **76**

Servidor público estadual - Estabilidade - Requisitos - Direito adquirido . . . . . **78**

Servidor público municipal - Pensão por morte - Ipsemg - Município - Convênio - Vedação . **182**

***SHOPPING CENTER***
Estacionamento - Assalto a mão armada - Indenização - Danos morais e materiais . . . **193**

**SISTEMA DE QUOTAS** - Vide: A inconstitucionalidade do sistema de quotas: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano - Carlos Frederico Braga da Silva (doutrina) . . . . . **27**

**SOCIEDADE COMERCIAL**
Dissolução parcial - Retirada de sócio - Apuração de haveres - Cláusula contratual - Prevalência - Art. 1.031, *caput* e § 2º, do CC/2002 . . . . **104**

***SOFTWARE*** - Vide: VoIP *versus* ICMS - Fernando Neto Botelho (doutrina)

**SOLIDARIEDADE** - Vide: Responsabilidade solidária

**SPC**
Inscrição de nome - Banco - Serviço defeituoso - Indenização - Dano moral . . . . . **69**

**SUCUMBÊNCIA**
Exibição de documento - Seguradora - Resistência - Tabela de unidade de reembolso de seguro - Entrega - Ônus da prova . . . . . **310**

Honorários de advogado - Custas - Não-cabimento - Ação civil pública - Litigância de má-fé - Não-ocorrência (STJ) . . . . . **407**

Rateio - Concordância das partes - Sociedade comercial - Dissolução parcial - Retirada de sócio - Apuração de haveres . . . . . **104**

**SUICÍDIO**
Suicídio premeditado - Seguradora - Ônus da prova - Ação de cobrança - Seguro de vida . **96**

**SÚMULA**
n. 204 do STJ - Pensão por morte - Juros de mora - Termo inicial . . . . . **263**

n. 231 do STJ - Circunstância atenuante - Pena - Fixação aquém do mínimo legal - Impossibilidade (STJ) . . . . . **433**

n. 323 e nº 547 do STF - Infração fiscal - Apuração - Excesso de prazo - Apreensão de mercadoria - Meio coercitivo - Retenção indevida . . . **244**

n. 377 do STF - Regime de bens - Separação legal - União estável - Dissolução - Partilha - Prova do esforço comum - Inexigibilidade (STJ) . **409**

n. 634 e nº 635 do STF - Medida cautelar - STJ - Competência originária - Recurso especial - Efeito suspensivo - Juízo de admissibilidade - Pendência (STJ) . . . . . **430**

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
Medida cautelar - Competência originária - Recurso especial - Efeito suspensivo - Juízo de admissibilidade - Pendência - Súmulas 634 e 635 do STF (STJ) . . . . . **430**

Vide também: Súmula

**SUPREMA CORTE AMERICANA** - Vide: A inconstitucionalidade do sistema de quotas: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano - Carlos Frederico Braga da Silva (doutrina)

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** - Vide: A inconstitucionalidade do sistema de quotas: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano - Carlos Frederico Braga da Silva (doutrina)

Vide também: Súmula

***SURSIS***
Pena restritiva de direitos - Incompatibilidade - Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Emprego de arma - Porte ilegal . . . . . **403**

**SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO**
Revogação - Juizado Especial Criminal - Transação penal - Descumprimento (STF) . . . . . **479**

Transação penal - Descumprimento - Prestação de serviços à comunidade - Pena privativa de liberdade - Conversão - Ilegalidade . **323**

**SUSPENSÃO DO PROCESSO**
Inventário - União estável - Reconhecimento - Questão de alta indagação - Via imprópria . . . . . **120**

**- T -**

**TAXA DE CONDOMÍNIO**
Ação de cobrança - Promessa de compra e venda - Rescisão - Proprietário do imóvel - Obrigação *propter rem* . . . . . **280**

**TELEFONE**
Telefonia fixa - Pulsos excedentes - Fatura - Detalhamento - Obrigatoriedade - Termo inicial . . . . . **110**

**TELEFONE CELULAR**
Porte - Preso - Falta grave - Perda dos dias remidos - Resolução - Art. 49 da Lei 7.210/84 - *Habeas corpus* - Concessão (STJ) . . . **443**

**TELEFONIA** - Vide: VoIP versus ICMS - Fernando Neto Botelho (doutrina)

**TENTATIVA**
Não-configuração - Roubo qualificado - Posse da *res* . . . . . **328**

**TEORIA DA APARÊNCIA**
Seguro - Veículo - Pagamento à corretora - Validade . . . . . **123**

**TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**
Crime de trânsito - Homicídio culposo - Risco permitido - Culpa exclusiva da vítima - Nexo causal - Previsibilidade objetiva - Ausência - Absolvição . . . . . **351**

**TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO**
Responsabilidade civil do Estado - Indenização - Dano moral - Ato ilícito - Policial militar - Assassinato em dia de folga - Fato do serviço . . . . . **151**

**TERCEIRO DE BOA-FÉ**
Cheque - Pessoa jurídica - Contrato social - Exigência da assinatura de todos os sócios - Descumprimento - Validade do título . . **258**

**TERMO INICIAL**
Correção monetária - Indenização - Danos morais e materiais - Assalto a mão armada - Estacionamento - *Shopping center* . . . . **193**

Detalhamento - Fatura - Obrigatoriedade - Telefonia fixa - Pulsos excedentes . . . . **110**

Juros de mora - Ação previdenciária - Pensão por morte - Avó - Guarda de menor - Estado - Ipsemg - Legitimidade passiva . . . . . **113**

Juros de mora - Percentual - Pensão por morte - Súmula 204 do STJ . . . . . **263**

**TERRA DEVOLUTA**
Ausência de prova - Terreno urbano - Inexistência de registro - Usucapião - Procedência do pedido . . . . . **93**

**TERRENO URBANO** - Vide: Bem imóvel

**TESTEMUNHA**
Ameaça - Periculosidade do agente - Fuga - Prisão preventiva . . . . . **391**

Assinatura - Contrato - Abertura de crédito - Conta corrente - Extrato bancário - Demonstrativo do débito - Título executivo extrajudicial . . . . . **290**

Reconhecimento pessoal - Valoração da prova - Roubo qualificado - Condenação . . . . **385**

**TIPICIDADE**
Atipicidade conglobante e crime de fraude no pagamento por meio de cheque - Amaury Silva (doutrina) . . . . . **21**

Crime contra a ordem econômica - Norma penal em branco - Gás liquefeito - Portaria - ANP - Tipicidade . . . . . **326**

Não-configuração - Crime de desobediência - Motorista - Entrega de documentos - Recusa - Infração administrativa (STF) . . . . . **476**

**TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL**
Ausência de requisito essencial - Seguro de vida - Invalidez permanente - Prova - Execução - Extinção do processo . . . . **215**

Contrato - Abertura de crédito - Conta corrente - Demonstrativo do débito - Extrato bancário - Testemunha - Assinatura . . . . . **290**

Vide também: Abertura de crédito - Cheque - Duplicata - Letra de câmbio - Nota promissória

**TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL**
Honorários de advogado - Defensor dativo - Estado - Pagamento - Obrigação . . . . . **89**

**TORTURA**
Crime próprio - Tratado internacional - Prevalência - Lei 9.455/97 - Definição diversa - Desclassificação - Maus-tratos . . . . . **334**

**TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL** - Vide: Ação penal

**TRANSAÇÃO PENAL**
Descumprimento - Suspensão condicional do processo - Prestação de serviços à comunidade - Pena privativa de liberdade - Conversão - Ilegalidade . . . . . **323**

Descumprimento - Suspensão condicional de processo - Revogação (STF) . . . . . **479**

**TRANSBORDO** - Vide: Transporte rodoviário

**TRANSPORTE AÉREO**
Transporte internacional de passageiros - Indenização - Prescrição - Prazo - Convenção de Varsóvia - Prevalência (STF) . . . . . **468**

**TRANSPORTE DE PASSAGEIROS** - Vide: Transporte rodoviário

**TRANSPORTE INTERNACIONAL** - Vide: Transporte aéreo(STF)

**TRANSPORTE RODOVIÁRIO**
Ônibus - Irregularidade - Apreensão pela Polícia Rodoviária Federal - Requisição - Empresa autorizada - Transbordo - Pagamento . **198**

Transporte de passageiros - Veículo de aluguel - Fretamento - Autorização - Mandado de segurança - Liminar - Ausência de requisitos . . . . . **236**

**TRATADO INTERNACIONAL**
Prevalência - Lei 9.455/97 - Definição diversa - Tortura - Desclassificação - Maus-tratos . **334**

**TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR** - Vide: Plano de saúde

**TRIBUNAL DO JÚRI**
Imparcialidade - Dúvida - Prova - Indícios - Ausência - Desaforamento - Indeferimento do pedido . . . . . **364**

Quesitos - Deficiência - Irregularidade - Ausência de prejuízo . . . . . **338**

**TUTELA ANTECIPADA**
Ausência de requisitos - Ação cominatória - Obrigação de não fazer - Marca de indústria - Uso indevido - Prova . . . . . **296**

**TUTELA ESPECÍFICA**
Requisitos - Deferimento - Controle de zoonose - Imóvel urbano - Relevância pública - Alvará judicial . . . . . **301**

**- U -**

**UNIÃO ESTÁVEL**
Dissolução - Regime de bens - Separação obrigatória - Súmula 377 do STF - Partilha -

Prova do esforço comum - Inexigibilidade (STJ) . . . . . **409**

Reconhecimento - Questão de alta indagação - Inventário - Suspensão do processo . . **120**

**UNIDADE DE CONSERVAÇÃO**

Loteamento clandestino - Crime contra o meio ambiente (STJ) . . . . . **446**

**USUCAPIÃO**

Imóvel - Posse - Pessoa jurídica - Sócio - Ilegitimidade ativa . . . . . **112**

Usucapião extraordinária - Terreno urbano - Ausência de registro - Terra devoluta - Inexistência de prova - Procedência do pedido . . . . . **93**

**USURPAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA**

Serviço funerário - Permissão - Licitação - Inexigibilidade - Dolo - Ausência - Absolvição . . . . . **393**

**- V -**

**VARA DE FAMÍLIA** - Vide: Competência jurisdicional

**VEÍCULO**

Furto - Estacionamento - Ceasa - Indenização - Dano material . . . . . **218**

Locação - Obrigação de dar ou entregar - ISS - Não-incidência (STF) . . . . . **465**

Penhora - Execução fiscal - Alienação - Tentativas frustradas - Leiloeiro público - Indicação pelo credor . . . . . **92**

Roubo - Recuperação - Defeito - Uso - Inviabilidade - Seguro - Indenização - Valor da apólice . . . . . **231**

Seguro - Inadimplemento - Suspensão da cobertura - Notificação - Necessidade . . . . . **123**

Transferência - Seguro - Apólice - Ausência de vedação - Acidente de trânsito - Indenização . . . . . **316**

Veículo de aluguel - Transporte de passageiros - Fretamento - Autorização - Mandado de segurança - Liminar - Ausência de requisitos . . . . . **236**

Veículo furtado - Compra - Desmonte - Adulteração - Estelionato - Receptação - Consunção - Concurso de pessoas . . . **345**

**VÍCIO DE CONSENTIMENTO**

Não-configuração - Alienação de bens - Procuração - Exercício regular de direito - Doação a descendente - Adiantamento da legítima . . . . . **201**

-:::-