Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça
do Estado de Minas Gerais

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

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

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

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

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 60	v. 188	p. 1-367	jan./mar. 2009

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Reynaldo Ximenes Carneiro

Superintendente Adjunto
Des. José Geraldo Saldanha da Fonseca

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

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

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Rosane Brandão Bastos Sales

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

Alexandre Silva Habib
Cecília Maria Alves Costa
Eliana Whately Moreira
João Dias de Ávila
Lúcia de Fátima Capanema
Maria Célia da Silveira
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte
Marisa Martins Ferreira
Mauro Teles Cardoso
Myriam Goulart de Oliveira
Rachel Ribeiro de Lima
Tadeu Rodrigo Ribeiro
Vera Lúcia Camilo Guimarães
Wolney da Cunha Soares

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

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

Fotos da Capa:

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

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

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

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

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2009
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Trimestral.
ISSN 0447-1768

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

CDU 340.142 (815.1)

ISSN 0447-1768

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente
Desembargador SÉRGIO ANTÔNIO DE RESENDE

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador CLÁUDIO RENATO DOS SANTOS COSTA

Segundo Vice-Presidente
Desembargador REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Terceiro Vice-Presidente
Desembargador JARBAS DE CARVALHO LADEIRA FILHO

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador CÉLIO CÉSAR PADUANI

Tribunal Pleno
Desembargadores
(por ordem de antiguidade)

Cláudio Renato dos Santos Costa
Sérgio Antônio de Resende
Roney Oliveira
Reynaldo Ximenes Carneiro
Joaquim Herculano Rodrigues
Mário Lúcio Carreira Machado
José Tarcízio de Almeida Melo
José Antonino Baía Borges
José Francisco Bueno
Célio César Paduani
Kildare Gonçalves Carvalho
Márcia Maria Milanez
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
Maria Elza de Campos Zettel
Geraldo Augusto de Almeida
Caetano Levi Lopes
Luiz Audebert Delage Filho
Ernane Fidélis dos Santos
José Nepomuceno da Silva
Manuel Bravo Saramago
Belizário Antônio de Lacerda
José Edgard Penna Amorim Pereira
José Carlos Moreira Diniz
Paulo Cézar Dias
Vanessa Verdolim Hudson Andrade
Edilson Olímpio Fernandes
Geraldo José Duarte de Paula
Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires
Armando Freire
Delmival de Almeida Campos
Alvimar de Ávila
Dárcio Lopardi Mendes
Valdez Leite Machado
Alexandre Victor de Carvalho
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Eduardo Mariné da Cunha

Maria Celeste Porto Teixeira
Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa
José Affonso da Costa Côrtes
Antônio Armando dos Anjos
José Geraldo Saldanha da Fonseca
Geraldo Domingos Coelho
Osmando Almeida
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
Eduardo Brum Vieira Chaves
Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos Costa
Elias Camilo Sobrinho
Pedro Bernardes de Oliveira
Antônio Sérvulo dos Santos
Francisco Batista de Abreu
Heloísa Helena de Ruiz Combat
Sebastião Pereira de Souza
Selma Maria Marques de Souza
José Flávio de Almeida
Tarcísio José Martins Costa
Evangelina Castilho Duarte
Otávio de Abreu Portes
Nilo Nívio Lacerda
Walter Pinto da Rocha
Irmar Ferreira Campos
Luciano Pinto
Márcia De Paoli Balbino
Hélcio Valentim de Andrade Filho
Antônio de Pádua Oliveira
Fernando Caldeira Brant
Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa
José de Anchieta da Mota e Silva
José Afrânio Vilela
Elpídio Donizetti Nunes
Fábio Maia Viani
Renato Martins Jacob
Antônio Lucas Pereira
José Antônio Braga
Maurílio Gabriel Diniz
Wagner Wilson Ferreira
Pedro Carlos Bitencourt Marcondes
Pedro Coelho Vergara
Marcelo Guimarães Rodrigues
Adilson Lamounier
Cláudia Regina Guedes Maia
José Nicolau Masselli
Judimar Martins Biber Sampaio
Antônio Generoso Filho
Fernando Alvarenga Starling
Álvares Cabral da Silva
Fernando Neto Botelho
Alberto Henrique Costa de Oliveira
Marcos Lincoln dos Santos
Rogério Medeiros Garcia de Lima
Carlos Augusto de Barros Levenhagen
Electra Maria de Almeida Benevides
Eduardo César Fortuna Grion
Tibúrcio Marques Rodrigues
Tiago Pinto
Antônio Carlos de Oliveira Bispo
Luiz Carlos Gomes da Mata
Geraldo Senra Delgado
Júlio Cezar Guttierrez Vieira Baptista
Doorgal Gustavo Borges de Andrada

Composição de Câmaras e Grupos (em 02.03.2009) - Dias de Sessão

Primeira Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

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

Segunda Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

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

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Terceira Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

Kildare Gonçalves Carvalho*
Silas Rodrigues **Vieira**
Manuel Bravo **Saramago**
Dídimo Inocêncio de Paula
Maria das Graças Silva **Albergaria** dos Santos **Costa**

Quarta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

José Tarcízio de **Almeida Melo**
José Francisco Bueno
Luiz **Audebert Delage** Filho*
José Carlos **Moreira Diniz**
Dárcio Lopardi Mendes

Segundo Grupo de Câmaras Cíveis
1ª quarta-feira do mês (Terceira e Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Almeida Melo)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Quinta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

Dorival Guimarães Pereira*
Maria Elza de Campos Zettel
José **Nepomuceno** da **Silva**
Mauro Soares de Freitas
Carlos Augusto de **Barros Levenhagen**

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. Dorival Guimarães Pereira)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Sétima Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

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

Oitava Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

José **Edgard Penna Amorim** Pereira*
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Elias Camilo Sobrinho
Pedro Carlos **Bitencourt Marcondes**
Fernando Neto **Botelho**

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Nona Câmara Cível Terças-feiras	Décima Câmara Cível Terças-feiras	Quinto Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores **Osmando Almeida*** **Pedro Bernardes** de Oliveira **Tarcísio** José **Martins Costa** **José Antônio Braga** Antônio **Generoso Filho**	Desembargadores **Alberto Aluízio Pacheco de Andrade** Paulo Roberto **Pereira da Silva*** Álvares **Cabral da Silva** **Electra** Maria de Almeida **Benevides** (...)	2ª terça-feira do mês (Nona e Décima Câmaras, sob a Presidência do Des. Osmando Almeida) *- Horário: 13 horas -*

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

Décima Terceira Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Quarta Câmara Cível Quintas-feiras	Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores **Francisco Kupidlowski*** **Cláudia** Regina Guedes **Maia** José **Nicolau Masselli** **Alberto Henrique** Costa de Oliveira **Luiz Carlos Gomes da Mata**	Desembargadores **Valdez Leite Machado*** **Evangelina Castilho Duarte** **Antônio de Pádua** Oliveira **Hilda** Maria Pôrto de Paula **Teixeira da Costa** **Rogério Medeiros** Garcia de Lima	2ª quinta-feira do mês (Décima Terceira e Décima Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Valdez Leite Machado) *- Horário: 13 horas -*

** Presidente da Câmara*

Décima Quinta Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Sexta Câmara Cível Quartas-feiras	Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores **José Affonso da Costa Côrtes*** **Maurílio Gabriel** Diniz **Tibúrcio Marques** Rodrigues **Tiago Pinto** **Antônio** Carlos de Oliveira **Bispo**	Desembargadores Francisco **Batista de Abreu*** **Sebastião Pereira de Souza** **Otávio de Abreu Portes** **Wagner Wilson** Ferreira (...)	3ª quinta-feira do mês (Décima Quinta e Décima Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. José Affonso da Costa Côrtes) *- Horário: 13 horas -*

** Presidente da Câmara*

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

Nono Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Primeira Câmara Criminal Terças-feiras	Segunda Câmara Criminal Quintas-feiras	Terceira Câmara Criminal Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores	Desembargadores
Márcia Maria **Milanez***	Joaquim **Herculano Rodrigues***	**Jane** Ribeiro **Silva**
Delmival de Almeida Campos	**José Antonino Baía Borges**	**Antônio Carlos Cruvinel**
Eduardo Brum Vieira Chaves	Maria **Beatriz** Madureira **Pinheiro** Costa **Caires**	**Paulo Cézar Dias**
Judimar Martins **Biber** Sampaio	Antoninho **Vieira de Brito**	**Antônio Armando dos Anjos***
Fernando Alvarenga **Starling**	**Renato Martins Jacob**	Eduardo César **Fortuna Grion**

** Presidente da Câmara*

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

Quarta Câmara Criminal Quartas-feiras	Quinta Câmara Criminal Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores
Eli Lucas de Mendonça*	**Alexandre Victor de Carvalho**
Ediwal José de Morais	**Maria Celeste Porto** Teixeira
Walter Pinto da Rocha	**Hélcio Valentim** de Andrade Filho*
Júlio Cezar **Guttierrez** Vieira Baptista	**Pedro** Coelho **Vergara**
Doorgal Gustavo Borges de **Andrada**	**Adilson Lamounier**

** Presidente da Câmara*

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

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

Desembargadores

Sérgio Antônio de Resende
Presidente

Cláudio Renato dos Santos Costa
Primeiro Vice-Presidente

Reynaldo Ximenes Carneiro
Segundo Vice-Presidente

Célio César Paduani
Corregedor-Geral de Justiça

Jarbas de Carvalho Ladeira Filho
Terceiro Vice-Presidente

Silas Rodrigues Vieira

Maria Elza de Campos Zettel

José Nepomuceno da Silva

Manuel Bravo Saramago

(...)

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

Desembargadores

Cláudio Renato dos Santos Costa
Primeiro Vice-Presidente

Sérgio Antônio de Resende
Presidente

Roney Oliveira

Reynaldo Ximenes Carneiro
Segundo Vice-Presidente

Joaquim Herculano Rodrigues

Mário Lúcio Carreira Machado

José Tarcízio de Almeida Melo
Presidente do TRE

José Antonino Baía Borges
Vice-Presidente e Corregedor do TRE

José Francisco Bueno

Célio César Paduani
Corregedor-Geral de Justiça

Kildare Gonçalves Carvalho

Dorival Guimarães Pereira

Jarbas de Carvalho Ladeira Filho
Terceiro Vice-Presidente

José Altivo Brandão Teixeira

Antônio Marcos Alvim Soares
Vice-Corregedor-Geral de Justiça

Antônio Carlos Cruvinel

Edivado George dos Santos

Wander Paulo Marotta Moreira

Geraldo Augusto de Almeida

Luiz Audebert Delage Filho

Ernane Fidélis dos Santos

Geraldo José Duarte de Paula

Alvimar de Ávila

Alexandre Victor de Carvalho

Caetano Levi Lopes

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

Comissão de Divulgação e Jurisprudência
(Portaria 05/2008 - 2º GAVIP, de 21.05.2008)

Desembargadores

Reynaldo Ximenes Carneiro - Presidente

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

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

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

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

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

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

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

Maria Celeste Porto Teixeira - 4ª e 5ª Criminais

SUMÁRIO

HOMENAGENS À EJEF

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEF - Magistratura qualificada e consciente! - Reynaldo Ximenes Carneiro 13
Dom Helder Câmara e a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - Tadeu Rodrigo Ribeiro 15
Justiça Militar presta justa homenagem à EJEF - Rúbio Paulino Coelho 17

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO

Desembargador Edelberto Lellis Santiago - Nota biográfica 21
A Revista *Jurisprudência Mineira* - 60 anos - Nota histórica 22
"Lembranças jurisprudenciais" (Um depoimento pessoal) - Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza 27

DOUTRINA

Alteração na forma de inquirição de testemunhas no processo penal: a nova redação do art. 212 do CPP - Mônica Silveira Vieira 29
O quesito "III" do art. 483 do CPP, segundo a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008 - Marco Antônio Silva 32
Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial - Luís Roberto Barroso 35
O contrato eletrônico no limiar do século XXI - Adriano Roberto Vancim 51

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Corte Superior 61
Jurisprudência Cível 63
Jurisprudência Criminal 277
Superior Tribunal de Justiça 327
Supremo Tribunal Federal 337
Índice Numérico 345
Índice Alfabético e Remissivo 349

HOMENAGENS À EJEF

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEF

Magistratura Qualificada e Consciente!

A Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, primeira escola no país vinculada a tribunal, destinada à formação e ao aperfeiçoamento dos magistrados, tem sua existência legal há pouco mais de três décadas, conforme os éditos que ordenaram a sua criação, a saber, Resolução nº 61/1975, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Portaria nº 231, de 13 de agosto de 1977 e Lei Estadual nº 7.655, de dezembro de 1979, que adaptava a Lei de Organização e Divisão Judiciárias aos cânones constitucionais vigentes. Mas a sua origem de fato remonta ao final da década de sessenta, quando os juízes mineiros de primeiro grau passaram a se reunir para estudar e debater os temas que os envolviam, a fim de otimizar a prestação jurisdicional.

O movimento dos juízes influenciou a direção do Tribunal, que assimilou a ideia e criou a EJEF, que se tornou pioneira, porque, embora muitas lhe sejam contemporâneas, nenhuma se vinculou ou pertenceu ao Tribunal, com estrutura orgânica oficial e subordinada às regras impostas aos órgãos do poder público, pois todas tinham atuação dependente das associações da Magistratura, delas sofrendo influências e pressões sem respaldo do Órgão Judiciário.

Iniciou suas atividades na época em que as garantias da Magistratura estavam suspensas pelos atos institucionais, porém o ambiente de altos estudos propiciou a discussão e análise das dificuldades para o exercício pleno da jurisdição e a forma de superá-las, constituindo-se os

anais dos encontros promovidos em importante fonte que veio a subsidiar os líderes da Magistratura quando o país respirou a democracia.

O fortalecimento do Judiciário, na Constituição de 1988, que passou a arbitrar as questões do mais alto interesse político nacional, expôs as suas deficiências estruturais, e a pressão social levou à Reforma do Judiciário, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que, na mais importante das disposições reformadoras, consolidou o trabalho que se desenvolvia para a formação de juízes, ao dar nova redação ao parágrafo único do Art. 105 da Constituição, que introduziu o Inciso I, o qual estatui que funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. O dispositivo foi inspirado em trabalho do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, o maior responsável pela consolidação das Escolas de Formação da Magistratura no país.

Com esta emissão, o Ministério das Comunicações, em sua aguda percepção de que ao Judiciário não podem faltar meios para a formação e o preparo dos magistrados, demonstra seu interesse em um Judiciário forte, que tenha como esteio a Magistratura qualificada, consciente de que, para poder estar alinhada à sua missão constitucional, precisa reciclar-se permanentemente.

A Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, recebe este selo postal como a maior láurea a que a instituição haveria de aspirar, pois representa elevada distinção à Magistratura mineira pelo pioneirismo de seu trabalho, e um grande prestígio para a Justiça estadual e brasileira.

Reynaldo Ximenes Carneiro
Superintendente da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Sobre o Selo

O selo destaca a obra *Deusa Têmis*, de Bescaal, segurando em uma das mãos uma espada e na outra uma balança, simbologia que representa, artisticamente, a Justiça. Posicionada sobre a imagem do Palácio da Justiça Rodrigues Campos (Tribunal de Justiça de Minas Gerais), em toda sua pujança e solidez estrutural, e personificada na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, base de formação dos magistrados que ingressam naquele Tribunal. Foram utilizadas as técnicas de fotomontagem e computação gráfica.

Dom Helder Câmara e a Escola Judicial Des. Edésio Fernandes*

*Tadeu Rodrigo Ribeiro***

No dia 13 de abril, a Assembleia Legislativa de Minas Gerais celebrou, em reunião especial, os 100 anos de nascimento de Dom Helder Câmara, num ato de desagravo ao religioso, pacifista e pensador que, assim como outros perseguidos políticos, foi proibido pela ditadura de falar em casas legislativas. Numa demonstração de que o seu pensamento e ações sobrevivem, o Parlamento Mineiro distribuiu placas comemorativas a instituições, dentre elas a Ejef, que perseveraram no embate pacífico em defesa dos direitos humanos. Mas quem foi este brasileiro e por que o quiseram calar?

Nascido em Fortaleza-CE, em 7 de fevereiro de 1909, e falecido aos 90 anos, no Recife-PE, em 27 de agosto de 1999, Dom Helder Câmara foi um dos bispos mais festejados e respeitados do Brasil. Foi membro de 41 organizações internacionais e cinco nacionais; escreveu 23 livros sobre temas da paz e da justiça, 19 deles traduzidos para 16 idiomas; escreveu ainda centenas de discursos proferidos em todo o mundo, inclusive na ONU; recebeu 716 títulos de homenagem e condecorações no Brasil e exterior, 30 títulos de cidadão honorário e 32 de Doutor *Honoris Causa*. Foi homenageado com 25 Prêmios da Paz e indicado cinco vezes ao Nobel da Paz, prêmio que nunca recebeu por eficaz pressão do governo brasileiro de então. Ainda hoje, Dom Helder continua a inspirar livros, artigos, teses de doutorado, dissertação de mestrado, obras sociais e religiosas.

Entre seus feitos mais notáveis, conta-se a grande influência que exerceu na Santa Sé, para que acolhesse e aprovasse a criação da Conferência Nacional dos Bispos Brasileiros. Tenaz opositor do autoritarismo no Brasil, após a edição do Ato Institucional nº 5, foi-lhe vetado acesso aos meios de comunicação, bem como proibida referência ao seu nome. O "irmão dos pobres", como era tratado pelo Papa João Paulo II, foi, sobretudo, destacado humanista e defensor incansável dos direitos humanos.

Ao comemorar os 100 anos de nascimento de Dom Helder Câmara, a Assembleia Legislativa, como

---

* Texto elaborado, em 30.10.2009, a partir de reportagens da Ascom/TJMG e da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

** Revisor do TJMG/Ejef/Dirged/Gejur/Codit, que edita a Revista *Jurisprudência Mineira*.

forma de perpetuar pensamento e ações do grande pacifista, homenageou com uma placa comemorativa instituições comprometidas com a defesa dos direitos humanos.

A Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - Ejef foi uma das homenageadas, dentre várias entidades mineiras e de outros estados. A indicação veio do deputado Durval Ângelo, autor do requerimento para a realização da reunião especial.

O Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e Superintendente da Ejef, Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, recebeu a comenda. Segundo ele, Dom Helder foi um religioso destemido defensor da justiça e ícone de uma época:

> Dom Helder Câmara foi um símbolo de cidadão religioso que não se amedrontava diante de dificuldades para defender a realização plena da justiça. Seja a justiça distributiva, seja a justiça que nos cabe aplicar. Ele encarnava, como outras pessoas que se sobressaíram, sobretudo na década de 60, o que o Brasil tinha de melhor, sendo abnegado na defesa dos mais humildes, convivendo com o sacrifico de seus direitos.

Avalia ele que a Ejef¸ apesar da repressão, também teve uma posição firme no sentido da conquista da plenitude democrática durante o período da ditadura e a sua história enobrece toda a Magistratura mineira, uma vez que sempre buscou a independência dos juízes:

> Os integrantes da Escola faziam discursos direcionados para a reconquista da plenitude democrática. Lembro-me de quando iniciei minha atividade judicante em 1977, houve um encontro de juízes em Varginha, e, naquela oportunidade, a Escola já pregava a conquista da liberdade de pensamento e ações e a reconquista das prerrogativas da magistratura. Com os juízes independentes, eles teriam condições de manter a normalidade social e de eliminar a repressão que marcava aquela época.

Lembra ainda o Desembargador que o fato de a Assembleia Legislativa mineira comemorar os 100 anos de Dom Helder e escolher a Ejef entre as entidades que têm histórico em defesa dos direitos humanos é também um ato de reconhecimento do trabalho ali realizado:

> Para nós é muito importante porque é o primeiro prêmio que ela recebe. É um reconhecimento dos representantes do povo mineiro, concedido justamente pelo pioneirismo e qualidade do trabalhado realizado pela Ejef. A Magistratura mineira, então, está feliz porque foi homenageada pelo povo mineiro com a placa.

A placa contém o seguinte texto:

> Se você acredita na fecundidade da paz como meio de construir a justiça, acredita também que a justiça é condição indispensável para a paz. – Dom Helder Câmara
> Homenagem da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais por seu destaque na defesa dos direitos humanos.
> Belo Horizonte, 13 de abril de 2009.
> Deputado Alberto Pinto Coelho – Presidente

A comenda recebida em dia de homenagem a um nordestino de baixa estatura, mas que se agigantava na defesa dos humilhados, dos mais pobres e dos perseguidos sequiosos de justiça, muito envaidece esta Corte de Justiça. E a esta Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, em particular, por ousar formar servidores e magistrados na perspectiva nobre de disseminar a justiça a quem dela precisa e, após a CF/88, de consolidar o Estado Democrático de Direito. E a Revista *Jurisprudência Mineira*, que vem registrando a jurisprudência de todo esse período, também se orgulha de fazer parte dessa história de embates pacíficos em prol da justiça e da validação de direitos, assim como de integrar a Ejef.

...

Justiça Militar presta justa homenagem à EJEF

Todo ano, por ocasião das comemorações do aniversário de criação da Justiça Militar de Minas Gerais, reúne-se o Pleno do Tribunal de Justiça Militar, para decidir a concessão da Medalha do Mérito Judiciário Militar a juízes de direito do juízo militar, pessoas físicas e jurídicas, instituições e servidores ativos e inativos que tenham prestado bons e relevantes serviços à Justiça Militar.

A Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF), criada em 1977, foi escolhida por unanimidade e é merecedora desta justa homenagem.

Sua existência é motivo de orgulho para o Poder Judiciário e para todos nós, mineiros, pois dissemina conhecimentos, contribuindo para o melhor funcionamento da Justiça, no recrutamento, seleção, formação, aperfeiçoamento e desenvolvimento contínuo de magistrados, servidores, colaboradores da Justiça, estagiários e voluntários.

Hoje, realiza de forma integrada as funções relativas ao desenvolvimento de recursos humanos e ao acompanhamento à gestão de carreiras jurídicas. É a responsável por concursos para ingresso de magistrados e servidores no Judiciário, realizando ainda encontros regionais de estudos jurídicos na Capital e no interior do Estado.

A EJEF representa a modernização administrativa. Supre com qualidade e muita competência as demandas do Poder Judiciário, com uma estrutura adequada e voltada para uma sociedade que clama por uma Justiça ágil e cada vez mais próxima do povo.

Suas ações, políticas e diretrizes de atuação estão no caminho certo. Sua missão, visão e valores obedecem a rígidos padrões de excelência, o que torna esta extraordinária Escola um modelo a ser seguido pelos demais Estados da Federação.

Rendemos nossas homenagens aos saudosos desembargadores Edésio Fernandes e Régulo da Cunha Peixoto e aos então juízes Sérgio Léllis Santiago e Sálvio de Figueiredo Teixeira, que foram os grandes idealizadores e construtores desta majestosa e respeitada Escola Judicial mineira. Não podemos também esquecer a valiosa contribuição do Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza.

Parabenizamos o atual Superintendente, desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, homem íntegro e magistrado exemplar, pela impecável e profícua administração, na pessoa de quem homenageamos a todos os superintendentes que o precederam.

A Justiça Militar de Minas Gerais sente-se honrada em conceder a Medalha do Mérito Judiciário Militar à Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, pela excelência do trabalho realizado, motivo de orgulho de Minas e do Brasil.

Juiz Cel. PM Rúbio Paulino Coelho
Presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais

...

DESEMBARGADOR EDELBERTO LELLIS SANTIAGO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Nota Biográfica *

Desembargador Edelberto Lellis Santiago (1938-2009)

Edelberto Lellis Santiago, mineiro de São Domingos do Prata, nasceu em 8 de novembro de 1938. Era filho do Desembargador José de Assis Santiago e de Dona Delphina de Lellis Ferreira Santiago e casado com Ana Cristina Caldas Santiago, com quem teve dois filhos, Cristiano Caldas Santiago e Andréia Cristina Santiago Marteleto.

Bacharelou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na turma de 1963.

Aprovado em concurso público para a Magistratura, foi nomeado Juiz de Direito da Comarca de Cristina em 6 de outubro de 1966. Foi promovido, por antiguidade, para a Comarca de Corinto, em 30 de maio de 1967. Em 8 de agosto de 1967, promovido por merecimento, transferiu-se para Santa Bárbara, onde assumiu o exercício no dia 10 de agosto. A partir do dia 1° de dezembro de 1971, foi designado para substituir o Juiz de Direito de Itabira, sem prejuízo de suas funções. No dia 22 de setembro de 1975, assumiu, também, a Comarca de Barão de Cocais. Por merecimento, foi promovido, em 13 de janeiro de 1976, para o cargo de Juiz de Direito da 5ª Vara de Registros Públicos, Falências e Concordatas de Belo Horizonte.

Em 13 de novembro de 1981, foi promovido, por antiguidade, ao cargo de Juiz do extinto Tribunal de Alçada, passando a integrar a 2ª Câmara Criminal.

Em 9 de junho de 1987, também promovido por antiguidade, atingiu o grau máximo de sua carreira, promovido ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, compondo a 1ª Câmara Criminal.

No dia 10 de agosto de 1994, foi eleito, pela Corte Superior do Tribunal de Justiça, para atuar no Tribunal Regional Eleitoral, na Classe Desembargador, onde ocupou os cargos de Vice-Presidente e Corregedor Eleitoral. Em 22 de abril de 1998, foi eleito, pela Corte Superior, Presidente daquele Tribunal.

Em 19 de junho de 2001, foi eleito, por unanimidade, Presidente da 1ª Câmara Criminal, tendo sido reeleito no dia 27 de dezembro de 2002. A partir do dia 23 de abril de 2003, tomou posse como membro efetivo da Corte Superior do Tribunal de Justiça, na vaga decorrente da aposentadoria do seu irmão, Desembargador Sérgio Léllis Santiago, ex-Presidente da Casa. Aposentou-se no dia 1° de novembro de 2008, como decano do Tribunal de Justiça.

Ao lado de suas atividades na Magistratura, foi, também, professor da Faculdade de Direito Milton Campos e da Faculdade de Direito de Sete Lagoas. Além de Vice-Presidente Sócio-Cultural-Esportivo e Vice-Presidente Financeiro da Associação dos Magistrados Mineiros, Amagis, exerceu, também, o cargo de Auditor do Tribunal de Justiça Desportiva no ano de 1987, tendo sido eleito seu Presidente para o biênio 2003/04.

Faleceu no último dia 17 de agosto. Na homenagem por ocasião de sua aposentadoria, prestada pela Corte Superior, realizada em 22 de outubro de 2008, o Desembargador José Domingues Ferreira Esteves assim se manifestou:

> [...] tem o Desembargador Edelberto Lellis Santiago um currículo invejável e fez uma carreira que o situa dentre os grandes magistrados deste Estado [...] O trato ameno com os que têm a alegria de desfrutar de seu convívio e a formação humanista forjada desde o seu honrado berço mostram no Juiz íntegro e corajoso um homem modesto e querido de todos os seus colegas e daqueles que dele se aproximam.

O Desembargador Edelberto Lellis Santiago, em seu discurso de despedida, proferiu as seguintes palavras:

> [...] a emoção é muito grande ao me despedir dos colegas, após 42 anos de exercício ininterrupto da Magistratura, dos quais, longos 21 anos, passei aqui nesta Casa. Saio com o sentimento do dever cumprido. Fiz o que pude fazer, dentro das minhas limitações. Neste momento, só tenho a agradecer, a Deus, pela carreira que me proporcionou, aos colegas, pela convivência fraterna, e, especialmente, aos dedicados serventuários da Casa e aos meus auxiliares, assessores judiciários e assistentes, sem os quais não teria agüentado tanto sacrifício.

Referências

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Lista de Desembargadores. Belo Horizonte. Disponível em: http://www.tjmg.gov.br/institucional/desembargadores. Acesso em 28.06.05.

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Nota taquigráfica de homenagem prestada pela Corte Superior*. Belo Horizonte. 05.11.08.

...

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

NOTA HISTÓRICA

A Revista *Jurisprudência Mineira - 60 anos*[*]

> *Verifica-se com algum atraso o aparecimento desta publicação.*
> *Isso se deu em virtude de dificuldades inerentes à organização de uma revista, exigindo um esforço de coordenação de serviços, que demorou mais do que se podia prever.*
> *Espera-se, contudo, que dentro de alguns meses a publicação possa sair em dia, cumprindo uma das suas finalidades que é, justamente, a de oferecer, com regularidade, aos juízes, promotores de justiça e advogados, a leitura dos mais recentes julgados dos tribunais do Estado, dos tribunais federais, assim como a legislação e os artigos de doutrina de nossos estudiosos.*[2]

Com essa explicação nascia, em 1950, a Revista *Jurisprudência Mineira*. Em comemoração ao sexagésimo aniversário desse periódico jurídico de tão grande valor, este volume é dedicado à sua trajetória e à sua história.

Como órgão oficial de divulgação da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a *Jurisprudência Mineira* sofreu diversas alterações estruturais ao longo destes sessenta anos. Apesar delas, preservaram-se suas finalidades precípuas, ou seja, a de ser referência na divulgação de julgados proferidos por este Tribunal e de veiculação de trabalhos jurídicos daqueles que muito têm a contribuir para a evolução da ciência jurídica, oferecendo a magistrados, assessores jurídicos, promotores, advogados, professores e estudantes de Direito preciosa fonte de consulta.

Foi criada na gestão do Desembargador Presidente Nísio Baptista de Oliveira, através do Decreto-lei nº 1.630, de 1946, que dispunha sobre a Lei de Organização Judiciária. O art. 265 da referida lei referia-se à Revista. A regulamentação veio posteriormente com o Decreto nº 3.137, de 25 de agosto de 1949, que colocava a cargo da Imprensa Oficial sua publicação, cujo formato era de folheto mensal.

Já no primeiro exemplar, que trazia a seguinte descrição: *Jurisprudência Mineira* - Revista Mensal - Publicação Oficial dos Acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ela ganha o formato de revista, em substituição aos folhetos anteriores, num projeto muito mais ousado, conforme assinala o Presidente à época, Desembargador Nísio Baptista de Oliveira:

> Tomando lugar aos folhetos que recolhiam os trabalhos do Tribunal de Justiça, por disposição da Lei de Organização Judiciária, apresenta-se a revista, que ora se inaugura, com programa de tal magnitude e envergadura e com tamanha amplitude, que deixa ver o vasto campo em que se projeta, como autoriza sentir o grandioso futuro que lhe está destinado. [2]

Em virtude dos atrasos para o início da publicação, o volume 01 trouxe os números 01 e 02, correspondentes aos meses de janeiro e fevereiro de 1950. No seu primeiro volume, o Presidente, Desembargador Nísio Baptista de Oliveira, elogia e ressalta a importância da atitude do então Governador Milton Campos, de criar a Revista, assinalando que nesta ocasião ele lançava a "semente cuja germinação há de engrandecer, por sua força atrativa, em que se encerra poderosa fonte de incentivos, o estudo da ciência do direito". [3]

A Revista, durante esses 60 anos de vida, publicou mais de 187 volumes. Dentre eles, destaca-se o de nº 129, publicado no ano de 1995, no qual é prestada justa homenagem ao ilustre e saudoso magistrado, ex-Presidente da Casa, Desembargador Amílcar de Castro. Nesse volume especial, estão reproduzidos alguns de seus pareceres.

Igualmente se destaca o volume especial nº 130, dedicado à Memória do Judiciário Mineiro. Nele, estão contidas notas biográficas redigidas pelo Des. Antônio Pedro Braga dos Presidentes do TJMG, desde 1874, e dos Desembargadores que ascenderam à Suprema Corte Brasileira. Contém ainda, especialmente redigida pelo Dr. Ricardo Fiúza, a nota biográfica do 1º Superintendente da Memória do Judiciário, Des. Antônio Pedro Braga. Esse volume histórico traz também a reprodução da "*Acta da Installação* do Tribunal da Relação desta cidade de Ouro Preto, Capital da Província de Minas Gerais".

Na relação de edições especiais, inclui-se a publicação dos Tomos I e II, que trazem o Índice Geral Alfabético e Remissivo referente aos volumes de nº 113 a 150, de 1991 a 1999, em comemoração aos 50 anos da Revista. Destaque-se, finalmente, o de nº 171, que

---

[*] Autoria: Andréa Vanessa da Costa Val e Rosane Vianna Soares, sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro, em 12.03.2009.

[1] Explicação (In: *Jurisprudência Mineira*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, v. 1, n. 1-2, jan./fev. 1950, p. 2).

[2] *Jurisprudência Mineira* pelo Presidente, Des. Nisio Baptista de Oliveira (In: *Jurisprudência Mineira*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, v. 1, n. 1-2, jan./fev. 1950, p. 3).

[3] Idem.

publicou o Ementário Anual, divulgado no *Jornal Minas Gerais*, em 08 de dezembro de 2004.

Em dezembro de 1990, no volume nº 112, teve início a divulgação das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tornando-se, desse modo, repositório autorizado de jurisprudência daquela Corte, através do registro nº 16, Portaria nº 12/90. Em 2000, a partir do volume nº 151, sob a direção do Desembargador Francisco de Assis Figueiredo, a publicação passa a ser também repositório autorizado de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), conforme Inscrição nº 27/00, de 17.02.2000, no Livro de Publicações Autorizadas desse Tribunal.

O mesmo volume 151 marca a abertura de espaço de publicação à Memória do Judiciário Mineiro (Mejud), iniciando-se a divulgação de matérias relacionadas com a memória institucional do Poder Judiciário em Minas, dando a sua contribuição, com a difusão da cultura. A partir desse momento, são publicadas notas históricas, fruto de pesquisas sobre fatos relevantes acerca da trajetória da Justiça mineira, bem como assuntos relacionados com memória, patrimônio, sociedade e museu. As notas biográficas de magistrados mineiros, antes publicadas na Revista, passam a ficar sob a responsabilidade da Mejud.

A modernização buscou ampliar o acesso com o lançamento de CD-ROMs, reunindo vários volumes e a legislação codificada. O primeiro CD-ROM foi lançado em 2003, juntamente com a versão impressa do volume 165, contendo os volumes 109 a 165. No trimestre de outubro a dezembro do mesmo ano, juntamente com o volume 166, disponibilizou-se o segundo CD-ROM, contendo os volumes 113 a 166 e o índice anual. No ano de 2004, trimestre de janeiro a março, junto com o volume 167, outro CD-ROM foi colocado à disposição, contendo os volumes 115 a 167. Por último, em 2008, no trimestre janeiro a março, o volume 184 veio acompanhado da versão em CD-ROM. Desde o ano de 2007, encontra-se disponível para acesso em *download,* no *site* do TJMG*,* as edições de nº 168 até a de nº 186.

Para aqueles leitores da Capital, que gostam de tê-la impressa, a Revista pode ser comprada na Secretária do TJMG; já os que se encontram fora da Capital, basta entrar em contato com a Escola Judicial Des. Edésio Fernandes (Ejef), por meio da Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica (Codit) .

A Revista passou por várias mudanças em seu *layout*. A edição do volume 165, de 2003, apresenta novo *design* gráfico e *layout* de impressão. A capa, por sua vez, ganhou fotos que fazem referência à história do Poder Judiciário em Minas, como as do antigo prédio em Ouro Preto, que abrigou o Tribunal da Relação, de 1874 até a transferência da capital para Belo Horizonte, em 1897. No mesmo espaço, têm-se imagens das montanhas - símbolo da mineiridade - e do Palácio da Justiça no ano de sua inauguração, em 1911, e após a última grande reforma, realizada no final da década de 50 e início da década de 60.

O fato importante que alterou substancialmente, dessa vez em seu conteúdo, foi a fusão dos Tribunais de Justiça e Alçada, passando a divulgar também acórdãos dos Desembargadores do extinto Tribunal de Alçada, a partir volume 172. Fato que valorizou a história da "Casa da Justiça Mineira", agora motivo da capa da Revista, unificada em um único Tribunal.

No ano de sua criação, em 1950, a *Revista Jurisprudência Mineira* foi subordinada à Presidência do TJMG, condição mantida pelo art. 39 da Resolução nº 46, de 1970, que contém a Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais:

> Art. 39. A Revista "Jurisprudência Mineira", órgão oficial do Poder Judiciário, é serviço auxiliar do Tribunal de Justiça e ficará subordinada diretamente ao seu Presidente.
> Parágrafo único. A Diretoria de Jurisprudência e Legislação, sujeita ao Regulamento da Secretaria do Tribunal, encarregar-se-á da publicação da Revista e terá as atribuições que lhe forem cometidas pelo Tribunal.

O art. 33 do referido Diploma Legal estabelece as atribuições do Presidente, dentre as quais está, segundo o inciso XLV, a de dirigir a publicação da *Jurisprudência Mineira*, podendo pedir a cooperação de um Desembargador, sem prejuízo de suas funções. Tal assertiva é reforçada pelo que dispõe o art. 364: "São órgãos oficiais das publicações do Poder Judiciário o *Diário do Judiciário* e a *Jurisprudência Mineira*".

A Resolução nº 53, de 26 de maio de 1972, altera a Resolução nº 46/1970, estabelecendo a Diretoria de Jurisprudência e Legislação, diretamente ligada à Presidência, como responsável pela publicação da Revista.

O Presidente do TJMG, através da Portaria nº 160/1971, de 24 de agosto de 1971, designa o Desembargador Régulo da Cunha Peixoto para dirigir a publicação da *Jurisprudência Mineira*. Ele foi o primeiro Superintendente do periódico e exerceu seu mandato até o mês de agosto de 1977. Logo após, assume o Desembargador Sylvio Morais Lemos, que permaneceu no cargo até o dia 28 de março de 1978. Subsequentemente, assumiu o Desembargador Ruy Gouthier de Vilhena até dezembro de 1979. E, de janeiro de 1980 a março de 1982, o Superintendente passou a ser o Desembargador José Costa Loures.

A Lei nº 7.655, de 21 de dezembro de 1979, em seu art. 23, § 3º, inciso XXII, estabelece as atribuições administrativas do Presidente. Dentre as quais, o retorno da direção da Revista:

> Art. 23 [...]
> § 3º São atribuições administrativas do Presidente:
> [...]
> XXII - dirigir a publicação da "Jurisprudência Mineira", podendo pedir a cooperação de Desembargador, sem prejuízo de suas funções.

Dessa maneira, assume a Diretoria da Revista, até setembro de 1982, o então Presidente do TJMG, Desembargador José de Castro, seguido pelo Desembargador Geraldo Reis Alves até 19.08.1983 e pelo Desembargador Régulo da Cunha Peixoto até 26.08.1985.

Considerando o dispositivo retrocitado, a partir de abril de 1982, o Desembargador José Costa Loures é nomeado Diretor-Cooperador até 03.05.1984. Em seguida, assume o Desembargador Hélio Costa, que permanece no cargo até junho de 1985. Dirigem a Revista nesse período, o Desembargador Hélio Armond Werneck Côrtes, até dezembro de1986, e o Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira, até 24 de fevereiro de 1988.

A Resolução nº 35, de 4 de dezembro de 1981, estabelece que a Revista ficará subordinada à Diretoria de Jurisprudência, Pesquisa e Legislação, deixando de ser subordinada à Presidência, conforme dispõe seu art. 4º:

> Art. 4º A Secretaria e os Serviços Auxiliares do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais têm a seguinte estrutura orgânica:
> [...]
> III - Órgãos de Administração Geral;
> III. 10 - Diretoria de Jurisprudência, Pesquisa e Legislação;
> III.10.3 - Revista Jurisprudência Mineira.

Em 1989, a Resolução n° 141, de setembro desse mesmo ano, estabelece a subordinação da Revista à Secretaria Judiciária:

> Art. 4º A Secretaria do Tribunal de Justiça tem a seguinte estrutura orgânica:
> 5. Órgãos de Administração Geral,
> 5.4 - Secretaria Judiciária,
> 5.4.12 - Diretoria de Jurisprudência, Biblioteca e Pesquisa,
> 5.4.12.3 - Revista Jurisprudência Mineira.

Com a Resolução nº 96, de 24 de fevereiro de 1988, passa a ser de competência do Segundo Vice-Presidente a direção da Revista, ficando essa responsabilidade a cargo do Desembargador José Fernandes Filho:

> Art. 1º [...]
> § 5º É da competência e das atribuições do Segundo Vice-Presidente:
> [...]
> VII - Dirigir a publicação da Revista 'Jurisprudência Mineira'.

Com a nova alteração na direção da Revista, promovida pela Resolução 115/1988, a direção da mesma passa ao Primeiro Vice-Presidente:

> Art. 1º O art. 1º, § 4º, da Resolução n° 96, de 26.02.88, fica acrescido do inciso XVI:
> 'Art. 1°[...]
> § 4º [...]
> XVI - superintender os Serviços de Pesquisa, Biblioteca e da Revista Jurisprudência Mineira'.

O Desembargador José Fernandes Filho, 1º Vice-Presidente à época, que permaneceu no cargo até 12 de dezembro de 1990, foi sucedido pelos seguintes Desembargadores: Lincoln Rocha, que permaneceu até 23.05.1992; José Norberto Vaz de Mello, até 10.12.1992; José Costa Loures, até 11.05.1994; Paulo Tinôco, até junho de 1996; Bady Raimundo Curi, até junho de 1998; Francisco Figueiredo, até 28.06.2000; Rubens Xavier Ferreira, até 11.09.2001; e José Guido de Andrade, até junho de 2002.

Nova modificação foi introduzida quando a direção da Revista passou para o Segundo Vice-Presidente do TJMG. A Resolução nº 401, de 19 de setembro de 2002, que contém regulamento da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (Ejef) e altera a Resolução nº 388, de 26 de abril de 2002, apresenta a estrutura organizacional da Ejef, à qual a Revista fica subordinada. O diploma acima é revogado pela Resolução nº 521, de 8 de janeiro de 2007, que contém a estrutura organizacional da Ejef. Nela consta como setor responsável pela organização e acesso a informação documental a Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - Dirged, ficando a cargo da Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas a divulgação das informações técnicas e a Coordenação de Informação Técnica - Codit, responsável pela publicação.

Em virtude dessas alterações, assume a direção, até 19.09.2002, o Desembargador Márcio Aristeu Monteiro de Barros, seguido dos Desembargadores Bady Raimundo Curi, até 19.02.2004; Sérgio Antônio de Resende, até 02.03.2006; Antônio Hélio Silva, até 03.03.2008; o atual Superintendente da Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes", Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, assumiu em 07.03.2008.

A presente estrutura gráfica da Revista contém três seções: a primeira, Memória do Judiciário Mineiro, na qual são publicadas duas notas, uma biográfica e outra histórica; a segunda, Doutrina, composta por artigos jurídicos; e a terceira, intitulada Tribunal de Justiça de Minas Gerais, contém a jurisprudência da Corte Superior, cível e criminal deste Tribunal, além de acórdãos selecionados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Ao final, há o Índice Numérico e o Índice Alfabético e Remissivo.

A edição da Jurisprudência do Tribunal pela Revista *Jurisprudência Mineira* se dá trimestralmente. A Comissão de Divulgação da Jurisprudência, regulamentada pelo art. 9º,x,c, da Res. 420/2003, é responsável pela autorização dos acórdãos que serão publicados, o que também pode ser feito pelos próprios Relatores, conforme deliberação daquela Comissão.

Ao longo desses sessenta anos, o que se pode observar é que, apesar das mudanças estruturais sofridas pelo periódico, a Revista *Jurisprudência Mineira* concretizou o prognóstico do Presidente, Desembargador

Nísio Baptista de Oliveira, sendo referência na literatura jurídica para os operadores do Direito em Minas e também fora do Estado. Suas palavras parecem extremamente atuais:

> Os cultores do direito, no Estado e no País, têm, com a publicação da *Jurisprudência Mineira*, motivo de justa satisfação, dado que, objetivando, principalmente, a divulgação dos julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, oferece-se também como repositório dos trabalhos jurídicos da magistratura e dos advogados de todo o Brasil. [4]

> [...] Esse breve apanhado dá uma idéia da patriótica inspiração que, em boa hora, ditou ao governo tão nobre empreendimento, e sua magnificência bem se apura pela perspectiva que sugere, de uma revista genuinamente regional, mas que olha para todo o Brasil e reclama a cooperação de todos os brasileiros dedicados ao labor de aperfeiçoar a excelência de sua justiça. [...] E, como remate, vale prever que tentame há de um dia reluzir como obra de propaganda para o Estado de Minas Gerais.[5]

Referências bibliográficas

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, v. 1, n. 1-2, jan./fev. 1950.

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, v. 68-187, 1977-2009.

MINAS GERAIS (Estado). Decreto-Lei nº 1.630, de 15 de janeiro de 1946. Contém a organização judiciária do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.almg.gov.br>. Acesso em: 26 out. 2009.

MINAS GERAIS (Estado). Lei nº 7.655, de 21 de dezembro de 1979. Adapta a organização e divisão judiciárias do Estado de Minas Gerais (Resolução nº 61 do Tribunal de Justiça, de 8 de dezembro de 1975) à Emenda Constitucional nº 7 e à Lei Complementar Federal nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.almg.gov.br>. Acesso em: 26 out. 2009.

MINAS GERAIS (Estado). Lei nº 9.548, de 4 de janeiro de 1988. Modifica artigos da Resolução nº 61, de 8 de dezembro de 1975, do Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Lei nº 7.655, de 21 de dezembro de 1979, e alterações posteriores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.almg.gov.br>. Acesso em: 26 out.2009.

MINAS GERAIS (Estado). Lei Complementar nº 38, de 13 de fevereiro de 1995. Contém a organização e a divisão judiciárias do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.almg.gov.br>. Acesso em: 26 out. 2009.

MINAS GERAIS (Estado). Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001. Contém a organização e a divisão judiciárias do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.almg.gov.br>. Acesso em: 26 out. 2009.

MINAS GERAIS (Estado). Lei Complementar nº 85, de 28 de dezembro de 2005. Altera a Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001, que contém a organização e a divisão judiciárias do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.almg.gov.br>. Acesso em: 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Portaria nº 160, de 24 de agosto de 1971. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/po01601971.PDF>. Acesso em: 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Portaria-Conjunta nº 119, de 9 de maio de 2008. Institui o Diário Judiciário Eletrônico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc01192008.PDF>. Acesso em: 10 nov. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 46, de 29 de dezembro de 1970. Contém a Organização e a Divisão Judiciária do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re00461970.PDF>. Acesso em: 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 53, de 26 de maio de 1972. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re00531972.PDF>. Acesso em: 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 61, de 8 de dezembro de 1975. Contém a Organização e a Divisão Judiciária do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <>. Acesso em: 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 35, de 4 de dezembro de 1981. Dispõe sobre a organização da Secretaria e dos Serviços Auxiliares do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re00351981.PDF>. Acesso em: 26 out. 2009.

[4] Idem.

[5] Idem anterior, p.05

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 96, de 24 de fevereiro de 1988. Dispõe sobre a competência do Presidente, do Primeiro e do Segundo Vice-Presidentes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http:// www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/ re00961988.PDF>. Acesso em: 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 115, de 28 de dezembro de 1988. Altera dispositivos da Resolução nº 96, de 26.02.88, que dispõe sobre a competência do Presidente, do Primeiro e do Segundo Vice-Presidentes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re01151988.PDF>. Acesso em: 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 141, de 27 de setembro de 1989. Dispõe sobre a estrutura orgânica da Secretaria do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re01411989.PDF>. Acesso em: 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 314, de 26 de junho de 1996. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re03141996.PDF>. Acesso em: 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 420, de 1º de agosto de 1996. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re04202003.PDF>. Acesso em: 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 388, de 26 de abril de 2002. Contém o Regulamento e estabelece a estrutura orgânica da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes. Disponível em: < http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re03882002.PDF>. Acesso em: 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 401, de 19 de setembro de 2002. Contém o Regulamento da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/ re04012002.DF>. Acesso em: 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 521, de 8 de janeiro de 2007. Revoga a Resolução nº 401/2002 e passa a dispor sobre a estrutura organizacional e o regulamento da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEF - e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re05212007.PDF>. Acesso em 26 out. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 530, de 5 de março de 2007. Altera a Resolução nº 420/2003, que contém o Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Disponível em: < http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re05302007.PDF>. Acesso em: 26 out. 2009.

...

"Lembranças jurisprudenciais"

(Um depoimento pessoal)

Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza[*]

Em 26 de janeiro de 1961, recém-formado na "Casa de Afonso Pena" (Faculdade de Direito da UFMG), tomei posse do cargo de *revisor-especializado* da revista *Jurisprudência Mineira*, órgão oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Naquela época, a revista funcionava no 8º andar do edifício da Faculdade de Direito Federal, o que era muito bom, porque nos dava certa "autonomia" em relação aos demais departamentos do Tribunal e, também, porque ali convivíamos diariamente com os mestres da casa e com a juventude universitária.

Eram três seções: a redação, a revisão e a administração. O diretor da revista era, nem mais nem menos, o grande Desembargador *Amílcar de Castro*, Presidente do Tribunal!

Os redatores, um verdadeiro "primeiro time", todos advogados militantes e competentes, trabalhavam pela manhã. Eram eles: Mauro Thibau da Silva Almeida (redator-chefe), Murilo Conceição Barbosa da Silva, Lúcio Soares da Silva, Nivaldo Antônio Braga Loureiro, Humberto Agrícola Barbi, Paulo Chaves Corrêa e Cláudio Vieira da Costa.

Suas principais missões consistiam em copidescar os textos dos acórdãos que vinham dos Desembargadores, selecioná-los e lhes fazer a ementa, tarefas em que eram exímios.

Os revisores e os funcionários da Administração trabalhavam à tarde. A nós, revisores, nos cabia a primeira uniformização do texto que vinha dos redatores (às vezes, discutíamos sobre pontos de vista redacionais!) e, depois, por três vezes, revisar cuidadosamente, em duplas, as páginas da revista, já compostas e diagramadas pelos velhos linotipos da Imprensa Oficial.

Em 1961, nossa equipe de revisão era chefiada pela figura ímpar de Miguel Pinto Cunha e composta por

---

[*] Servidor aposentado do TJ, onde foi revisor da *Jurisprudência Mineira*, Diretor Cível, Diretor Judiciário, Diretor-Geral, Coordenador da EJEF, Chefe de Gabinete da Presidência, Secretário da Presidência e Supervisor da Ascom. Hoje, Diretor da *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais* e Editor da revista *Del Rey Jurídica*.

Manoel Guimarães Ferreira de Melo, Ivan Arruda de Oliveira, Ignácio Pereira Christo, Indiana Otávia de Castro Nemer, Roberto Dias Osório, Geraldo Martins, Bernardo Lúcio de Oliveira, o Carlos e este que aqui escreve. A secção Administrativa era chefiada pelo bom Olímpio de Oliveira.

Aos sábados, todos trabalhávamos pela manhã, quando, então, havia acirradas discussões entre as duas equipes. Terminado o expediente matutino, tomávamos um "chopinho" num boteco da redondeza. Só então íamos para casa. Era o começo de nosso fim de semana.

Para mim, o período em que trabalhei na "*Jurisprudência Mineira*" foi de grande aprendizado do Direito, da Língua Portuguesa, da Arte Gráfica e do convívio humano com colegas de várias personalidades, dotados, cada um a seu modo, de grande e diversificada cultura geral. Ali comecei a ter orgulho de ser funcionário público.

Por nossas mãos e olhos passavam magníficos acórdãos de Desembargadores, tais como Amílcar de Castro, Assis Santiago, Afonso Lages, Márcio Ribeiro, Edésio Fernandes, Helvécio Rosenburg, Onofre Mendes, Mello Júnior, Aprígio Ribeiro de Oliveira, João Martins, Raimundo Gonçalves da Silva, Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, Dario Lins, Pedro Braga, Alencar Araripe, Américo Macedo, Paiva de Vilhena e outros desse naipe.

E o que dizer dos artigos e discursos que nos vinham da Presidência, destinados à publicação na revista?

Lembro-me particularmente de três textos que a mim coube revisar, em dupla com Indiana de Castro Nemer. Deles tenho cópia em arquivo. No Palácio da Liberdade, em 1962, o *Presidente Aprígio Ribeiro*, visitando, em comitiva de desembargadores, o Governador Magalhães Pinto, proferiu um discurso brilhante, no seu estilo e sua *franqueza* (v. 34, nº 2, p. 251); no mesmo ano, na "Solenidade Judiciária", promovida pela OAB-MG e realizada na velha Casa de Afonso Pena, *Antônio Pedro Braga* produziu uma conferência magistral sobre Eduardo de Menezes Filho, exemplo de jurista, como advogado, acadêmico, mestre e magistrado (v. 34, nº 3, p. 1); e no v. 35, nº 1, p. 1, encontra-se o texto monumental do mestre *Caio Mário da Silva Pereira* sobre a vida e a obra de Tito Fulgêncio.

Recém-formado, recém-nomeado (e recém-casado...), nos meus 23 anos de idade, ficava deslumbrado com essas e outras manifestações de cultura e estilo que me vinham às mãos para "revisar"! E são mesmo textos de ouro!

Em 1967, por ato do Des. Gonçalves da Silva, fui nomeado Diretor Cível da Secretaria do TJ e deixei o ambiente acolhedor da revista. Porém dela nunca me desliguei: vários artigos foram e têm sido publicados em suas páginas. E, a pedido das respectivas famílias, escrevi para a revista as notas biográficas dos saudosos Desembargadores Amílcar de Castro, José de Castro, José de Freitas Teixeira, João Bráulio Moinhos de Vilhena, Manoel Maria Paiva de Vilhena, Antônio Pedro Braga, Carlos Horta Pereira e Edésio Fernandes.

O volume 170/2004, para minha confessada emoção, por obra do colega Pedro Jorge Fonseca, trouxe um "Tributo ao Acadêmico Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza".

Ademais, foto de minha autoria, do Palácio da Justiça, figura, desde 1987, na capa da respeitada *Jurisprudência Mineira*, sexagenária e revigorada, Revista de renome nacional que merece todos os louvores.

...

Alteração na forma de inquirição de testemunhas no processo penal: a nova redação do art. 212 do CPP*

*Mônica Silveira Vieira***

Sumário: 1 Introdução. 2 A alteração do art. 212 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690, de 2008. 3 Finalidade e relevância da modificação. 4 Adaptação ao novo sistema. 5 Efeitos do descumprimento das novas normas. 6 Conclusão. 7 Referências bibliográficas.

1 Introdução

A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que entrará em vigor sessenta dias após sua publicação, ocorrida em 10.06.2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal (CPP) tanto no tocante à forma de inquirição das testemunhas quanto em relação à ordem de formulação das perguntas, que não mais são inauguradas pelo julgador.

Diante dessa alteração legislativa, mostra-se relevante verificar quais as principais modificações introduzidas na inquirição de testemunhas, suas vantagens e eventuais desvantagens, suas finalidades, efeitos, e as novas posturas exigidas do juiz na condução da oitiva das testemunhas. É o que se pretende deslindar, neste breve estudo.

2 A alteração do art. 212 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690, de 2008

Em sua redação anterior à Lei nº 11.690, de 2008, o art. 212 do CPP[1] previa que as partes deviam requerer as perguntas ao juiz, e este, deferindo-as, dirigia as indagações à testemunha, podendo indeferir as perguntas que não tivessem relação com o processo ou representassem repetição de indagação já respondida. Nesse sistema de inquirição, de caráter presidencialista, inquisitorial, o juiz protagonizava a oitiva da testemunha, não apenas iniciando a inquirição e deixando às partes somente a função de suprir as lacunas restantes, como também sendo o único que podia dirigir as perguntas à testemunha.

A exceção a tal procedimento se verificava em relação ao Tribunal do Júri, no qual, em virtude do disposto nos arts. 467 e 468 do CPP, a doutrina e a jurisprudência já entendiam que deveria haver a inquirição direta da testemunha pelas partes (MARREY, FRANCO e STOCO, 1997, p. 300-301), não se admitindo, porém, a inquirição direta realizada pelos jurados, que devem formular indagações por meio do juiz presidente (NUCCI, 2008, p. 174).

Com as alterações introduzidas pela lei acima indicada, o *caput* do art. 212[2] do CPP passou a prever que as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes à testemunha. Entre as perguntas que devem ser indeferidas pelo juiz, foram acrescidas às previsões já constantes da redação anterior do dispositivo as indagações que puderem induzir a resposta. Além disso, em sua nova redação, o art. 212 recebeu o acréscimo de um parágrafo único, que previu a possibilidade de o juiz complementar a inquirição efetuada pelas partes. Assim, o julgador passou a exercer as funções apenas de fiscalização da coleta de tal prova e de complementação, isto é, de supressão das lacunas deixadas pelas partes, que serão as primeiras a formular as perguntas.

Essa previsão de que o juiz exerça papel meramente complementar na inquirição das testemunhas não foi estendida ao Tribunal do Júri pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, continuando o art. 473 a prever que as perguntas serão formuladas, primeiramente, pelo juiz presidente e, depois, pelas partes, o que deveria ter sido alterado em atenção aos princípios que presidiram a reforma processual penal, deixando-se para o julgador o papel de complementar, dirigir e fiscalizar a instrução processual, não de protagonizá-la.

3 Finalidade e relevância da modificação

Para Fudoli (2008), a previsão legal da inquirição direta das testemunhas pelas partes prestigiou "o papel das partes na aquisição da prova, conferindo-se maior imediação entre as partes e as testemunhas e vítimas", o

---

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

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

[1] A redação anterior à Lei nº 11.690, de 2008, era a seguinte: "Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida".

[2] A nova redação do dispositivo é a seguinte: "Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição".

que é positivo, tendo-se reservado ao juiz seu papel típico, que é o "de preservar as garantias fundamentais das partes, em especial garantindo que o contraditório e outros princípios processuais sejam atendidos plenamente".

Segundo Reis (2008), uma das mais relevantes modificações introduzidas no processo penal brasileiro pela Lei nº 11.690, de 2008, foi exatamente a alteração na forma de inquirição das testemunhas. Anteriormente, o Código de Processo Penal, expressando o autoritarismo que norteou sua elaboração, adotava o chamado sistema inquisitorial, de modo que o juiz, a par de presidir a audiência, também era o protagonista da inquirição das testemunhas. O modelo agora adotado se aproximou do sistema adversarial norte-americano,[3] ao permitir que as partes assumam o papel principal na coleta de provas, especialmente na inquirição das testemunhas, cuidando de formular a estas todas as perguntas que considerarem relevantes. Para Reis, a lei, ao introduzir tal alteração, procurou ampliar a margem de isenção do juiz, conferindo maior responsabilidade às partes pela instrução processual, cabendo ao julgador apenas complementar a inquirição, colhendo os esclarecimentos que não houverem sido obtidos por meio das perguntas formuladas pelas partes.

Nesse novo modelo, o juiz se limitará a impedir que sejam respondidas as perguntas irrelevantes, repetidas ou que possam representar tentativa de fraudar a revelação dos fatos de que a testemunha efetivamente tem conhecimento e a complementar a inquirição, suprindo as lacunas deixadas pelas perguntas formuladas pelas partes. A modificação permite que estas realmente diligenciem no sentido de extrair das testemunhas a realidade fática a ser revelada no processo, podendo-se mostrar, pois, como forma efetiva de maior aproximação do ideal de imparcialidade do juiz, que cada vez mais se limita a dirigir a produção probatória, diminuindo seu papel ativo, que deve ser o de preencher lacunas que não possam permanecer, e não o de tomar o lugar das partes na produção probatória.

Fica claro, portanto, que a função de controle e de fiscalização da instrução não foi retirada do juiz (SILVA, 2008, p. 77), conforme explicita a parte final do *caput* do art. 212, que acrescentou à redação anterior a possibilidade de indeferimento de perguntas que possam induzir a testemunha a seguir determinado caminho em seu depoimento, revelando algo diverso do que realmente sabe. Segundo Mirabete (2007, p. 304), a opção legislativa até agora vigente, que impedia a formulação de perguntas diretamente pelas partes, objetivava exatamente evitar que a testemunha fosse induzida a dar determinada resposta "ou confundida por questões capciosas ou de má-fé". Assim, embora não fosse necessário prever expressamente que o juiz pode indeferir perguntas que visam a induzir a testemunha a determinadas respostas, a preocupação da lei em deixar expressa tal possibilidade de indeferimento se mostra louvável.

Nucci (2006, p. 471) lembra, no entanto, que o juiz só deve indeferir as perguntas quando realmente irrelevantes e impertinentes (e, acrescente-se, quando capciosas ou formuladas com objetivo fraudulento), visto que, muitas vezes, "a parte tem um raciocínio próprio, que visa a envolver a testemunha de modo suficiente a descortinar as inverdades proferidas", o que pode justificar, em determinados casos, a formulação de perguntas com conteúdo semelhante, mas na forma de elaboração diversa.

Por outro lado, importante salientar que não foi retirado do juiz, por completo, o poder de atuar ativamente para permitir a melhor instrução possível do processo, pois, como já ressaltado, o parágrafo único do art. 212 permite que o julgador formule perguntas à testemunha a fim de esclarecer pontos que ainda demandem, a seu ver, maior aclaramento.

4 Adaptação ao novo sistema

Especialmente para os juízes acostumados à inquirição das testemunhas segundo o sistema inquisitorial, a nova forma de inquirição poderá demandar maior cuidado e atenção. Isso porque anteriormente era possível, pelo fato de o julgador iniciar a inquirição, formular perguntas que permitissem reconstituir os fatos presenciados pela testemunha ou os fatos de que esta tivesse conhecimento por outro meio, em ordem lógica e, quando necessário, cronológica. Também parecia mais fácil detectar eventuais mentiras declaradas por testemunhas parciais ou instruídas pelas partes. Por outro lado, no novo sistema de inquirição, as partes poderão muitas vezes formular perguntas somente acerca dos fatos que lhes interessa revelar no processo, procurando elucidar apenas aqueles aspectos dos acontecimentos que favorecem sua versão dos fatos. Caberá ao magistrado, pois, acompanhar a inquirição com redobrada atenção, verificando todos os pontos falhos e obscuros, todas as incoerências e incongruências presentes no depoimento, a fim de que, ao final, possa complementar a inquirição de modo a contribuir para o estabelecimento da verdade real, ideal ainda não abandonado pelo processo penal brasileiro, embora seja evidente o fato de que o juiz e as

[3] Note-se que o direito anglo-saxão avança mais no sentido da consagração da produção das provas realizada eminentemente pelas partes, com intensa efetivação do princípio do contraditório, adotando o sistema do *cross examination*, no qual as testemunhas são perguntadas e reperguntadas, simultaneamente, pela acusação e pela defesa, em um verdadeiro interrogatório cruzado, que não é admitido pela lei brasileira (MIRABETE, 2007, p. 304).

partes tenham que se contentar com a verdade processual, a verdade delineada no processo por meio das provas, "verdade *atingível* ou *possível*" (NUCCI, 2007, p. 361).

Também a análise da prova testemunhal, quando da prolação da sentença, poderá demandar maior cuidado e profundidade, exigindo-se grande atenção na conjugação das diversas partes do testemunho, a fim de reconstituir a versão fática reconstruída pela testemunha ouvida, especialmente quando as perguntas formuladas pelas partes houverem conduzido à revelação dos fatos de forma fragmentária.

Tais dificuldades, no entanto, não retiram os méritos da alteração realizada, que buscou afastar, no que diz respeito à inquirição das testemunhas, boa parte do autoritarismo que tem feito com que o processo penal nacional seja alvo de críticas, permitindo maior efetivação do princípio democrático no processo penal, o que, para muitos estudiosos, configura forma de efetivação do devido processo legal no sentido material, e não apenas formal.

5 Efeitos do descumprimento das novas normas

Tendo a lei, portanto, adotado claramente a finalidade de permitir que as partes assumam o papel principal na produção das provas, especialmente da prova testemunhal, não pode o juiz, ainda que imbuído de intenções relevantes, como a de garantir da melhor forma possível a revelação da verdade real, desconsiderar a alteração legislativa e continuar a atuar segundo o sistema inquisitorial, protagonizando a inquirição das testemunhas e deixando para as partes apenas o papel de complementação da instrução.

Assim, caso seja adotado tal procedimento, seja iniciando-se a inquirição pelo juiz, seja impedindo-se que as partes formulem as perguntas diretamente às testemunhas, poder-se-á configurar, em tese, nulidade relativa. A parte que alegar a invalidade, porém, deverá demonstrar o prejuízo sofrido, visto que o princípio do prejuízo, que integra a disciplina das nulidades, foi consagrado pelo art. 563 do CPP, constituindo desdobramento do princípio da instrumentalidade das formas, "devendo-se, antes de se decretar a invalidade, verificar se o interesse foi protegido ou se o fim foi atingido, pois, se o foi, não se deve decretar a ineficácia do ato" (PACHECO, 2006, p. 794). Ao apreciar a alegação de nulidade, dever-se-á observar também o disposto no art. 566 do CPP.

6 Conclusão

A alteração na redação do art. 212 do CPP, introduzida pela Lei nº 11.690, de 2008, contribui para afastar o processo penal brasileiro, criticado por seu autoritarismo, do sistema inquisitorial de condução do processo e de coleta das provas, fazendo com que se aproxime mais do sistema adversarial, adotado pelos norte-americanos, que privilegia a atuação das partes, especialmente quanto à produção das provas, reservando ao julgador papel de fiscalização dos atos processuais e de complementação ou colmatação das lacunas deixadas pelas partes.

Trata-se de alteração louvável, que contribui para a celeridade da coleta dos testemunhos, de modo a evitar a desnecessária repetição de perguntas – o que ocorria quando as partes não podiam formulá-las diretamente – e para a efetivação do princípio democrático no processo penal.

Sendo evidente a intenção legislativa de transferir para as partes a iniciativa de revelação da verdade real, não pode o juiz continuar a aplicar o modelo previsto anteriormente, de inquirição indireta, em que as partes é que assumiam mero papel complementar na coleta da prova testemunhal. Eventual erro nesse sentido, porém, que venha a ocorrer especialmente nessa fase de adaptação ao novo sistema, apenas resultará em nulidade se a parte que o arguir demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo.

7 Referências bibliográficas

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Lei nº 11.690/08: reforma do tratamento das provas no Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=2065>. Acesso em: 29 de julho de 2008.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri: doutrina, roteiros práticos, questionários, jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Tribunal do júri*. São Paulo: RT, 2008.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal:* teoria, crítica e práxis. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006.

REIS, Nazareno César Moreira. Primeiras impressões sobre a Lei nº 11.690/2008. A prova no processo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1818, 23 de junho de 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11414>. Acesso em: 28 de julho de 2008.

SILVA, Ivan Luís Marques da. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: RT, 2008.

...

O quesito "III" do art. 483 do CPP, segundo a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008*

*Marco Antônio Silva***

O projeto de Lei nº 4.203/2001 derivou-se do trabalho da comissão formada pelos professores Ada Pellegrini Grinover (presidente), Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti, por ordem do então Ministro da Justiça, José Gregori.

Após regular tramitação e aprovação no Congresso Nacional, no dia 10 de junho de 2008 foi convertido em Lei (nº 11.689/08) e entrará em vigor no dia 09.08.08, sendo certo que, por se tratar de lei processual, suas normas terão eficácia em relação aos processos que se encontrarem em tramitação quando entrar em vigor[1].

Dentre as alterações promovidas, aquela referente à quesitação é a de maior destaque, pois, com o implemento do novo sistema de deliberação pelos jurados, é posto fim a uma anterior fábrica de nulidades e de controle sobre os cidadãos do júri[2].

Com se sabe, a complexidade na redação dos quesitos sobre as causas legais e supralegais de exclusão do crime, isenção de pena, especial redução de pena e circunstâncias qualificativas, acarretava, com grande frequência, diversos casos de erro judiciário para além das hipóteses clássicas que versam sobre a autoria e a materialidade[3].

O novo sistema, segundo Alberto Silva Franco, torna mais operacional e menos vulnerável a nulidades a atuação do Tribunal do Júri, sendo que as vantagens em relação à situação atual são patentes[4].

De acordo com o novo art. 482, parágrafo único, os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão, sendo que na sua elaboração o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes (cf. art. 482).

O primeiro quesito deve dizer respeito à materialidade. Inverteu-se a ordem como eram feitos os quesitos, pois, anteriormente, quesitava-se, em primeiro lugar, a autoria e depois o nexo de causalidade ou, em caso de tentativa, a intenção letal. Com a nova sistemática, inverteu-se a ordem, questionando-se primeiro sobre a materialidade e, depois, sobre a autoria[5].

Superados os dois primeiros quesitos, indagar-se-á: o *jurado absolve o acusado?*

> Esta é a maior alteração do atual questionário. Na sistemática anterior, cada tese defensiva (assim como as de acusação) deveria ser quesitada separadamente. Deste modo, se a defesa alegasse duas teses defensivas, deveriam ser feitos dois quesitos separados. O acusado somente seria absolvido se obtivesse quatro votos em relação a cada quesito (se recebesse dois votos favoráveis em uma tese e dois em outra, não seria reconhecida nenhuma das teses defensivas). Ademais, os quesitos se desdobravam [...].[6]

Destaca-se, neste passo, que poderia ter-se aproveitado a oportunidade para dispor que no julgamento pelo júri, alcançada a maioria necessária de quatro votos, o magistrado daria encerrada a votação do quesito. Sendo assim, proteger-se-ia o jurado contra uma possível situação de unanimidade (7x0), que expõe a todos do conselho de sentença. Esse procedimento de interromper a votação, tão logo alcançada a maioria necessária, é a melhor forma de harmonização dos princípios da publicidade do ato e do sigilo da votação[7].

Obtempera o magistrado paranaense Marcos Caires Luz que a metodologia adotada pelo legislador no art. 483 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, é matematicamente falha, atentando contra a exigência constitucional da absoluta eficiência na aferição da vontade manifestada pelos jurados, bem como atenta também contra a determinação de que a decisão dos jurados será tomada por uma verdadeira maioria, conforme o art. 488 do vigente Código de Processo Penal, reproduzido no art. 489 do texto trazido pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.[8]

---

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

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

[1] IENNACO, Rodrigo.

[2] TASSE, Adel El.

[3] DOTTI, René Ariel.

[4] FRANCO, Alberto Silva.

[5] MENDONÇA, Andrey Borges, p. 116/117.

[6] MENDONÇA, Andrey Borges, p. 117/118.

[7] MARINS, Marcelo Ednilson.

[8] LUZ, Marcos Caires.

A matemática, ciência exata, explica como a vontade de diferentes jurados, votando isoladamente, em franca minoria, pode virar dois, três ou quatro votos, e, portanto, maioria, no resultado final do julgamento.

O exemplo adiante facilitará o entendimento: João fictício, policial militar, foi denunciado e pronunciado por ter no dia 09.06.2008 efetuado dois disparos contra a civil Maria, levando-a ao óbito. Submetido a julgamento, a defesa sustentou quatro teses em plenário: a) Legítima Defesa Real Própria, b) Legítima Defesa Real de Terceiro, c) Estrito Cumprimento do Dever Legal e d) Obediência à Ordem Não Manifestamente Ilegal de Superior Hierárquico. Colhida a manifestação dos jurados e depois de confirmadas autoria e materialidade delitiva, passou-se à votação das teses defensivas. O jurado n. 1 foi favorável à primeira tese de defesa e todos os demais a rejeitaram. Na segunda tese, o jurado n. 2 acolheu o argumento defensivo, não sendo seguido pelos demais. Na terceira, o jurado n. 3 entendeu estarem presentes os requisitos do estrito cumprimento do dever legal, não sendo seguido pelo demais. Na quarta tese, só o jurado n. 4 acatou o argumento de que o policial atuou segundo ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, os demais a refutaram[9].

Qual o resultado? Colhendo-se os votos na metodologia anterior, na qual a matemática continua a ser ciência exata, todas as teses de defesa teriam sido rejeitadas por maioria de seis votos contra uma minoria de um voto em cada uma delas. O réu teria sido, portanto, condenado e a soberania da manifestação dos jurados teria sido respeitada, tudo conforme apregoa a Constituição[10].

Não nos parece, contudo, que razão assiste ao ilustre colega que compõe os quadros da magistratura paranaense. Isso porque vigem, em matéria de júri, os princípios da íntima convicção e da soberania dos veredictos.

A propósito, Hermínio Marques Porto destaca que

> O Tribunal Popular, em muitos casos, consegue a melhor aplicação da lei penal, porque liberto para receber e amparar impulsos humanos, integrando-os na base de suas decisões não expressamente fundamentadas. Na forma monossilábica de suas respostas, os jurados, para definição ou repúdio de figuras penais propostas, podem, fora da leviandade, chamar valores recolhidos da experiência dinâmica do dia a dia, da moralidade média, do que sabem da vítima, do réu, de tantas condicionantes subjetivas e objetivas não divisadas ou ditas por nenhuma testemunha, mas válidas, em plasmar a melhor decisão.[11]

Desse modo, se a defesa sustentar, como tese única, a negativa do fato principal, ou seja, que o réu não agrediu, de qualquer forma, a vítima, à pergunta formulada pelo juiz, referente à autoria ou participação, pedirá a defesa a resposta "não". Nesse caso, tornar-se-ia desnecessária a elaboração de outro quesito específico, pois bastaria negar a pergunta já constante do questionário[12].

> Porém, a lei exige seja incluído o quesito referente à possibilidade de absolvição do réu em todos os questionários. E será ele submetido à votação sempre que forem respondidas afirmativamente as questões concernentes à materialidade do fato e de sua autoria.[13]

> Evidencia-se, desse modo, a *necessidade* de ter a defesa, em todas as situações, uma tese subsidiária - ainda que a principal seja a negativa de autoria. Afinal, se os jurados afirmarem a autoria por parte do réu, o juiz perguntará se este deve ser absolvido. Ora, para tanto, torna-se imperiosa a sustentação de qualquer tese pelo defensor que, ao menos, em teoria, propicie o acolhimento dessa proposição.[14]

> Se o defensor nada alegar para propiciar a absolvição do réu, embora a tese principal seja a negativa de autoria, conforme a situação, pode o magistrado declarar o acusado indefeso, ferida que foi a plenitude da defesa.[15]

> Vale destacar que a existência deste quesito genérico potencializou o sistema da íntima convicção, pois o jurado poderá absolver o acusado por qualquer causa imaginária, mesmo que não alegada pelas partes (clemência, por exemplo). Na antiga sistemática, as possibilidades de absolvição eram limitadas pelas teses apresentadas pela defesa, o que mitigava, de certa forma, a possibilidade de o jurado absolver com base na íntima convicção. A partir da reforma, não há nenhum limite.[16]

> É bem verdade que o quesito genérico de absolvição trará perplexidade para a parte que pretender rescindir a decisão dos jurados. Como arrazoar se não se sabe qual foi a tese defensiva que foi acolhida? Da mesma forma, como o Tribunal poderá julgar?[17]

A resposta é encontrada no art. 495, XIV, ao estabelecer que a ata descreverá fielmente todas as ocorrên-

---

[9] *Op*. cit.
[10] *Op. cit.*
[11] PORTO, Hermínio Marques.
[12] NUCCI, Guilherme de Souza, p. 226.
[13] *Op. cit.*
[14] *Op. cit.*
[15] *Op. cit.*
[16] *MENDONÇA, Andrey Borges, p. 118.*
[17] *Op. cit.*

cias, mencionando obrigatoriamente os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos, de modo que será possível ao Tribunal analisar a alegação de prova manifestamente contrária à prova dos autos.

Como se vê, a Lei 11.689/2008, em parte considerável, vem acolher os antigos clamores doutrinários, pois a legislação instrumental do Tribunal do Júri datava do longínquo ano de 1941. Era necessário proceder às reformas em seus dispositivos, de modo que a renomada comissão desenvolveu trabalho que, espera-se, alcance a efetividade desejada no ponto aqui analisado, de modo que as nulidades tão frequentes sejam arrefecidas.

Referências bibliográficas

DOTTI, René Ariel. *Um novo e democrático Tribunal do Júri* (VI). In <>, acesso em 04.08.2008, às 10 horas.

FRANCO, Alberto Silva. Conferência proferida no VII Simpósio Nacional de Direito Penal e Processual Penal, realizado pelo Instituto de Estudos Jurídicos, de 9 a 11 de junho de 1994, em Curitiba. In <>, acesso em 04.08.2008, às 10 horas.

IENNACO, Rodrigo. *Principais alterações do Tribunal do Júri*. In , acesso em 04.08.2008, às 9 horas.

LUZ, Marcos Caires. *A falsa maioria do inciso III e § 2º do art. 483 do Código de Processo Penal*. In: <>, acesso em 04.08.2008, às 10h30.

MARINS, Marcelo Ednilson. *Comentários à proposta de alteração do Tribunal do Júri à luz do Projeto de Lei nº 4.203/2001*. In <>, acesso em 04.08.08, às 11 horas.

MENDONÇA, Andrey Borges. *Reforma do Código de Processo Penal*: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008.

PORTO, Hermínio Marques. *Júri - procedimento e aspectos do julgamento*. Questionário. 7. ed. Belo Horizonte: Melhoramentos.

TASSE, Adel El. *O novo rito do Tribunal do Júri*. In <>, acesso em 04.08.2008, às 9 horas.

...

Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*

*Luís Roberto Barroso***

Sumário: Introdução - Apresentação do tema. I O fornecimento gratuito de medicamentos e a judicialização excessiva. Parte I Algumas premissas doutrinárias. I A doutrina da efetividade. II A teoria dos princípios. III Constitucionalismo, democracia e papel do Judiciário. IV Conclusão acerca das premissas doutrinárias. Parte II O direito à saúde no Brasil. Constituição, Legislação infraconstitucional e a política de distribuição de medicamentos. I Breve notícia histórica. II O sistema normativo a partir da Constituição de 1988. III A questão específica da distribuição de medicamentos. Parte III Interferência do Poder Judiciário em relação à saúde e ao fornecimento gratuito de medicamentos. Limites legítimos e críticas. I O espaço inequívoco de atuação judicial. II Críticas à judicialização excessiva. Parte IV Alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos. I Em relação às ações individuais. II Em relação às ações coletivas. III Em relação à legitimação passiva. Conclusão.

Introdução - Apresentação do tema

I O fornecimento gratuito de medicamentos e a judicialização excessiva

1 Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos numa variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

2 O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

3 Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

4 O estudo que se segue procura desenvolver uma reflexão teórica e prática acerca de um tema repleto de complexidades e sutilezas. Seu maior propósito é contribuir para a racionalização do problema, com a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial no campo particular das políti-

---

* Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. O presente estudo baseou-se em pesquisa e debates desenvolvidos no âmbito do INSTITUTO IDEIAS, dos quais participaram os Professores Ana Paula e Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto. Sou grato a três estudiosos que me cederam versões originais de trabalhos seus ainda não publicados: Fátima Vieira Henriques, *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial* – limites e possibilidades, mimeografado, dissertação de mestrado, UERJ, 2007; Fábio César dos Santos Oliveira, "Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário", 2007, artigo inédito; e Rogério Gesta Leal, "A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional", 2007, artigo inédito.

** Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor livre-docente pela UERJ e mestre em Direito pela Yale Law School. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

cas de distribuição de medicamentos. O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, "querer ser mais do que se é é ser menos".

5 Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Parte I Algumas premissas doutrinárias

I A doutrina da efetividade

6 O reconhecimento de força normativa às normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*.[1] Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

7 Nessa linha, as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da *imperatividade*. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, alvitrar. Normas constitucionais, portanto, contêm comandos. Descumpre-se a imperatividade de uma norma tanto por ação quanto por omissão. Ocorrida a violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Esses meios são *a ação* e *a jurisdição*: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação. Existem mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos.

8 Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais[2] ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia *positivista*: direito constitucional é norma; e de um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição, é para ser cumprido.[3] Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de

---

[1] Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2006 (a primeira versão do texto é de 1987). A expressão "doutrina brasileira da efetividade" foi empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto, Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2003.

[2] Direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandariam investimento de recursos, nem sempre disponíveis. Esses direitos, também referidos como prestacionais, se materializam com a entrega de determinadas utilidades concretas, como educação e saúde. É certo, todavia, que já não prevalece hoje a ideia de que os direitos liberais – como os políticos e os individuais – realizam-se por mera abstenção do Estado, com um simples *non facere*. Pelo contrário, produziu-se já razoável consenso de que também eles consomem recursos públicos. Por exemplo: a realização de eleições e a organização da Justiça Eleitoral consomem gastos vultosos, a exemplo da manutenção da polícia, do corpo de bombeiros e do próprio Judiciário, instituições importantes na proteção da propriedade. Sobre o tema, vejam-se: Stephen Holmes e Cass Sunstein, *The cost of rights*, 1999; Flávio Galdino, *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores, 2005; e Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002.

[3] V. Luís Roberto Barroso, A doutrina brasileira da efetividade. In: *Temas de direito constitucional*, v. 3, p. 76: "Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania".

base *pós-positivista*, que levam em conta fenômenos apreendidos mais recentemente, como a colisão entre normas – especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais –, a necessidade da ponderação para resolver tais situações, bem como conceitos como mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos.

II A teoria dos princípios

9 A *teoria dos princípios*, à qual se acha associada uma teoria dos direitos fundamentais, desenvolveu-se a partir dos estudos seminais de Ronald Dworkin, difundidos no Brasil ao final da década de 80 e ao longo dos anos 90 do século passado.[4] Na sequência histórica, Robert Alexy ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito.[5] As duas obras precursoras desses autores – *Levando os direitos a sério* e *Teoria dos direitos fundamentais* – deflagraram uma verdadeira explosão de estudos sobre o tema, no Brasil e alhures.[6] São elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo a atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios A doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para estabelecer a diferença entre ambos.[7]

10 É quanto ao modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. Regras se aplicam na modalidade *tudo ou nada*: ocorrendo o fato descrito em seu relato, ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto.[8] Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante *subsunção*: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são *mandados ou comandos definitivos*:[9] uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos.[10]

11 Já os princípios abrigam um direito fundamental, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Esses entrechoques podem ser de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais, como, *e.g.*, a livre iniciativa *versus* a proteção do consumidor, na hipótese de se pretender tabelar o preço de determinado medicamento; b) colisão entre direitos fundamentais, como, *e.g.*, o direito à vida e à saúde de uma pessoa *versus* o direito à vida e à saúde de outra pessoa, na hipótese de ambos necessitarem com urgência de transplante de determinado órgão, quando só exista um disponível; c) colisão entre direitos fundamentais e outros princípios constitucionais, como, *e.g.*, o direito à saúde

---

[4] V. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 22 e ss.

[5] V. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 81 e ss.

[6] Vejam-se, exemplificativamente, J.J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da ConstituiçãoCanotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 1253 e ss.; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 2004, p. 243 e ss.; Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988* – Interpretação e crítica, 1996, p. 92 e ss.; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2006; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 40 e ss. E *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 166 e ss.; Rodolfo L. Vigo, *Los princípios jurídicos* – Perspectiva jurisprudencial, 2000, p. 9-20; Luis Prieto Sanchis, Sobre princípios y normas. *Problemas del razonamiento jurídico*, 1992; Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação constitucional*, 1997, p. 79 e ss.; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2003; Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de princípios constitucionais*, 1999; Fábio Corrêa de Souza Oliveira, *Por uma teoria dos princípios*: o princípio constitucional da razoabilidade, 2003, p. 17 e ss.; Walter Claudius Rothenburg, *Princípios constitucionais*, 1999; David Diniz Dantas, *Interpretação constitucional no pós-positivismo*, 2005, p. 41 e ss.

[7] Por simplificação, é possível reduzir estes critérios a apenas três, que levam, em conta: a) o conteúdo da norma; b) a estrutura normativa; c) o modo de aplicação. Não será possível avançar em relação aos dois primeiros, salvo para registrar que princípios expressam valores, direitos fundamentais ou fins públicos, ao passo que regras são normalmente comandos objetivos, descritivos de condutas. Sobre a aproximação entre direitos fundamentais e princípios, v. Roberto Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 82.

[8] Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 24: "Regras são aplicadas de modo tudo-ou-nada. Se os fatos que a regra estipular ocorrerem, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que não contribuirá em nada para a decisão" (tradução livre).

[9] Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 87 e 88: "[A]s regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio. [...] Um conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarando inválida, ao menos, uma das regras" (tradução livre). Para uma visão crítica sobre o ponto, v. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2003.

[10] Expondo a teoria dos princípios de Alexy, averbou Luís Virgílio Afonso da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, mimeografado, 2005, p. 51: "O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*".

versus a separação de Poderes, no caso de determinadas opções legais ou administrativas acerca de tratamentos a serem oferecidos.

12 Como todas essas normas em rota de colisão têm a mesma hierarquia, não podem elas ser aplicadas na modalidade tudo ou nada, mas sim de acordo com a *dimensão de peso* que assumem na situação específica. Cabe à autoridade competente – que poderá ser o legislador ou o intérprete judicial – proceder à *ponderação* dos princípios e fatos relevantes, e não a subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são *mandados de otimização*: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese.[11] Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.[12]

13 Uma última observação: em muitas situações, o legislador realiza ponderações em abstrato, definindo parâmetros que devem ser seguidos nos casos de colisão. Quando isso ocorrer, não deve o intérprete judicial sobrepor a sua própria valoração à que foi feita pelo órgão de representação popular, a menos que esteja convencido – e seja capaz de racionalmente demonstrar – que a norma em que se consubstanciou a ponderação não é compatível com a Constituição.[13]

III Constitucionalismo, democracia e papel do Poder Judiciário

14 A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira,[14] é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. *Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). *Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. A compreensão desse ponto é decisiva para o equacionamento adequado da questão aqui tratada.

15 O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos.[15] Os direitos fundamentais incluem: a) a *liberdade*, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a *igualdade*, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o *mínimo existencial*, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

16 O princípio democrático, por sua vez, se expressa na ideia de soberania popular: todo poder

---

[11] Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: "O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos" (tradução livre).

[12] As categorias da teoria dos princípios, que envolvem direitos *prima facie* e ponderação com outros direitos, princípios e fatos relevantes, aplicam-se, também, aos direitos sociais, que incluem o direito à saúde básica e, como decorrência, o direito à obtenção de certas categorias de medicamentos. Também aqui avulta a ideia de mínimo existencial para demarcar a fundamentalidade material do direito e sua consequente exigibilidade. Para além desse núcleo essencial, os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, sujeitam-se à ponderação com outros elementos fáticos e jurídicos, inclusive a reserva do possível e as regras orçamentárias. Sobre a aplicação da teoria dos princípios aos direitos sociais fundamentais, v. Robert Alexy, *Teoría de los derechos*, 1997, p. 482 e ss.

[13] Sobre o ponto, v. Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição*, 2000, p. 114: "É evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional".

[14] CF/88, art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]".

[15] Dela se podem extrair ideias importantes sobre as quais se assenta o pensamento filosófico contemporâneo, como por exemplo: a) toda pessoa humana é um fim em si mesma, não devendo jamais ser transformada em um meio para a realização de metas coletivas (v. Immanuel Kant, *Fundamentação à metafísica dos costumes*, 2005 (edição original de 1785); b) toda vida desperdiçada, todo fracasso existencial é uma perda para a humanidade como um todo. O Estado, o Direito e a sociedade devem contribuir, na maior extensão possível, para que cada indivíduo desenvolva suas potencialidades e realize o seu projeto de vida (v. Ronald Dworkin, *Is democracy possible here?*, 2006).

emana do povo, na dicção expressa do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira.[16] Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época. O sistema representativo permite que, periodicamente, o povo se manifeste elegendo seus representantes. O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A ideia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc.

17 Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.[17]

IV Conclusão das premissas doutrinárias

18 Sempre que a Constituição define um direito fundamental, ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.

Parte II O direito à saúde no Brasil. Constituição, legislação infraconstitucional e a política de distribuição de medicamentos

I Breve notícia histórica

19 A trajetória da saúde pública no Brasil inicia-se ainda no século XIX,[18] com a vinda da Corte portuguesa. Nesse período, eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. É somente entre 1870 e 1930 que o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo "campanhista", caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial. Apesar dos abusos cometidos,[19] o modelo "campanhista" obteve importantes sucessos no controle de doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro.[20]

20 Durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 30, há a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. É criado o Ministério da

---

[16] CF/88, art. 1º, parágrafo único: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

[17] A atuação judicial, em certos casos, poderá fundar-se em um ato administrativo, como um regulamento ou portaria. Os atos administrativos, todavia, para serem válidos precisam estar fundados em norma constitucional ou legal. Assim, sua aplicação envolverá, ao menos indiretamente, a aplicação da Constituição ou de uma lei.

[18] No século XIX, foi criada a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, principal responsável pela luta no sentido da efetivação das políticas sanitárias. Nessa época, foram desenvolvidas ações de regulação do exercício da medicina, incluindo as atividades dos cirurgiões, e a criação das primeiras escolas de medicina: na Bahia é criada a Escola de Cirurgia, em 1808; e, no Rio de Janeiro, a cátedra de anatomia no Hospital Militar, seguida pela de medicina operatória, em 1809.

[19] Tanto assim que, em 1904, eclode, no governo de Rodrigues Alves, a Revolta da Vacina, caracterizada pela insatisfação do povo frente às medidas tomadas pelo poder público. No que concerne à obrigatoriedade da vacinação antivaríola, o Governo estabeleceu multas aos refratários e a exigência do atestado de vacinação para matrículas nas escolas, empregos públicos, casamentos, viagens, entre outros.

[20] Nesse período, Oswaldo Cruz procurou organizar a diretoria geral de saúde pública. Foram incorporados como elementos das ações de saúde: (i) o registro demográfico, possibilitando conhecer a composição e os fatos vitais da população; (ii) a introdução do laboratório como auxiliar do diagnóstico etiológico; e (iii) a fabricação organizada de produtos profiláticos para uso em massa.

Educação e Saúde Pública.[21] Criam-se os institutos de previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns desses IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto.[22] A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência.

21 Ao longo do regime militar, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados, com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social. Vinculados ao INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde.[23] No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública.

II O sistema normativo a partir da Constituição de 1988

22 Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do "movimento sanitarista" foi a Assembleia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde. A Constituição Federal estabelece, no art. 196, que a saúde é "*direito de todos e dever do Estado*", além de instituir o "*acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*". A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde.[24]

II.1 A repartição de competências e a Lei do SUS

23 Do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde *concorrentemente* à União, aos Estados e aos Municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II).[25] No que tange ao aspecto *administrativo* (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu *competência comum* à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.[26]

24 Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o "*equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*" (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de *competência comum* não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a super-

---

[21] O Ministério substituiu o antigo Departamento Nacional de Saúde Pública, que era vinculado ao Ministério da Justiça. Em 1953, foi criado o Ministério da Saúde. Na verdade, tratou-se de mero desmembramento do antigo Ministério da Saúde e Educação.

[22] No período, também se destaca, em 1941, a reforma de Barros Barreto, com a qual são instituídos órgãos normativos e supletivos destinados a orientar a assistência sanitária e hospitalar; há a criação de órgãos executivos de ação direta contra as endemias mais importantes (malária, febre amarela, peste); o Instituto Oswaldo Cruz se constitui como referência nacional; as atividades normativas e executivas descentralizam-se no País por 8 regiões sanitárias; são desenvolvidos programas de abastecimento de água e construção de redes de esgoto; são criados serviços especializados nacionais para lidar com doenças degenerativas e mentais (Instituto Nacional do Câncer).

[23] Assim concebido, o sistema possuía diversos problemas. Por ter priorizado a medicina curativa, o modelo foi incapaz de solucionar os principais problemas de saúde coletiva, como as endemias, as epidemias, além de não ser capaz de melhorar significativamente os indicadores de saúde (mortalidade infantil, expectativa de vida, por exemplo). Tais problemas foram sendo agravados em decorrência de inúmeros fatores, como o aumento constante dos custos da medicina curativa, centrada na atenção médico-hospitalar de complexidade crescente; a diminuição do crescimento econômico, com a respectiva repercussão na arrecadação do sistema previdenciário; a incapacidade do sistema em atender a uma população cada vez maior de marginalizados, que, sem carteira assinada e contribuição previdenciária, se viam excluídos do sistema; os desvios de verba do sistema previdenciário para cobrir despesas de outros setores e para a realização de obras por parte do governo federal; o não repasse pela União de recursos do Tesouro Nacional para o sistema previdenciário, cujo financiamento era tripartite (empregador, empregado e União).

[24] O Sistema Único de Saúde é instituído no artigo 198 da Constituição: "*as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único*". Tal sistema deve ser "*descentralizado*" e deve prover "*atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais*". O texto constitucional demonstra claro compromisso com o Estado de bem-estar social, individualizando-se no cenário do constitucionalismo internacional por positivar o direito à saúde, bem como o sistema incumbido de sua garantia, em termos os mais abrangentes.

[25] V. Sueli Gandolfi Dallari, Competência municipal em matéria de saúde, Revista de Direito Público, 92:173, 1989.

[26] No âmbito da União, a direção do SUS ficará a cargo do Ministério da Saúde; nos Estados e no Distrito Federal, das Secretarias de Saúde ou de órgãos equivalentes; na esfera dos Municípios, da Secretaria de Saúde local ou de qualquer entidade correspondente (Lei nº 8.080/90, art. 9º).

posição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

25 Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90). A lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a "*formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção*" (art. 6º, VI).

26 A Lei nº 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve orientar-se, dentre os quais vale destacar o da universalidade – por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade e da municipalização,[27] que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX).

27 A Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS atribuiu a competência de "*prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional*" (art. 16, XIII), devendo "*promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal*" (art. 16, XV). À direção *estadual* do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III).

28 Como se observa, Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da *descentralização administrativa*. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de *subsidiariedade* e de *municipalização*.[28] A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema.[29] Os temas do financiamento e da articulação entre os entes para a administração econômica do sistema, porém, não serão objeto de exame neste estudo. Veja-se, portanto, que o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente. Esta, porém, será uma discussão diversa, a ser travada entre os entes da Federação, e não entre eles e os cidadãos.

II. 2 A questão específica da distribuição de medicamentos

29 No que toca particularmente à distribuição de medicamentos, a competência de União, Estados e Municípios não está explicitada nem na Constituição nem na lei. A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a *Política Nacional de Medicamentos*.[30] De forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população.

30 Com efeito, ao *gestor federal* caberá a formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve,

---

[27] V. Marcos Maselli Gouvêa, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: Emerson Garcia (coord.), *A efetividade dos direitos sociais*, 2004, p. 213.

[28] A Lei nº 8.080/90 se fez acompanhar de vasta regulamentação, feita através de portarias editadas pelo Ministério da Saúde. A Portaria 2203/96 instituiu a *Norma Operacional Básica do SUS* (NOB), que trata da edição de normas operacionais para o funcionamento do sistema. As NOBs são, acima de tudo, produto da necessidade de cooperação entre entes gestores, de modo a viabilizar a descentralização do Sistema. Até o momento foram publicadas quatro NOBs: 01/91, 01/92, 01/93 e 01/96.

[29] Os recursos da Seguridade serão transferidos, primeiramente, ao Fundo Nacional de Saúde e, depois, aos fundos de saúde dos entes locais (Lei nº 8.080/90, arts. 34 e 35). Esses recursos devem ser depositados nos fundos de saúde de cada esfera de governo, e serão movimentados sob a fiscalização dos respectivos conselhos de saúde.

[30] V. Anexo da Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998 (*DOU* 10 nov. 1998), item nº 5: "No que respeita às funções do Estado, os gestores, em cumprimento aos princípios do SUS, atuarão no sentido de viabilizar o propósito desta Política de Medicamentos, qual seja, o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais". A Portaria nº 3.916/98 pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, já que as outras portarias são baseadas em suas disposições. Sendo assim, a formulação da Política Nacional de Medicamentos forjou o sistema hoje proposto para a distribuição dos medicamentos, cabendo às portarias seguintes apenas delimitar os traços característicos.

além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamento (Rename). Ao Município, por seu turno, cabe definir a relação municipal de *medicamentos essenciais*, com base na Rename,[31] e executar a assistência farmacêutica. O propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à *atenção básica* à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde. O Município do Rio de Janeiro, por exemplo, estabeleceu, através da Resolução SMS nº 1.048, de março de 2004, a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (Remume),[32] instrumento técnico-normativo que reúne todo o elenco de medicamentos padronizados usados pela Secretaria Municipal de Saúde.[33]

31 A União em parceria com os Estados e o Distrito Federal ocupa-se sobretudo da aquisição e distribuição dos medicamentos de *caráter excepcional*,[34] conforme disposto nas Portarias nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006, e nº 1.321, de 5 de junho de 2007.[35] Assim, ao *gestor estadual* caberá *definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado*, particularmente os de distribuição em caráter excepcional. No caso específico do Estado do Rio de Janeiro, a Secretaria de Estado de Saúde criou Comitê Técnico Operacional, com as funções de adquirir, armazenar e distribuir os medicamentos de competência estadual (Resolução SES nº 2.471, de 20 de julho de 2004).[36]

---

[31] Os medicamentos essenciais *básicos* compõem um elenco de 92 itens destinados à atenção básica. A OMS define medicamentos essenciais como aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade, além de serem selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança e estudos comparativos de custo-efetividade. São os medicamentos mais simples, de menor custo, organizados em uma relação nacional de medicamentos (Rename).

[32] A seleção de medicamentos que comporiam a Remune seguiu os seguintes critérios: (I) Medicamentos de valor terapêutico comprovado, com suficientes informações clínicas na espécie humana e em condições controladas, sobre a atividade terapêutica e farmacológica; (II) Medicamentos que supram as necessidades da maioria da população; (III) Medicamentos de composição perfeitamente conhecida, com somente um princípio ativo, excluindo-se, sempre que possível, as associações; (IV) Medicamentos pelo nome do princípio ativo, conforme Denominação Comum Brasileira (DCB) e, na sua falta, conforme Denominação Comum Internacional (DCI); (V) Medicamentos que disponham de informações suficientes sobre a segurança, eficácia, biodisponibilidade e características farmacocinéticas; (VI) Medicamentos de menor custo de aquisição, armazenamento, distribuição e controle, resguardada a qualidade; (VII) Formas farmacêuticas, apresentações e dosagem, considerando: a) Comodidade para a administração aos pacientes; b) Faixa etária; c) Facilidade para cálculo da dose a ser administrada; d) Facilidade de fracionamento ou multiplicação das doses.

[33] Ressalta-se ainda que a lista não fica estagnada. Para avaliar a necessidade de atualização, com a inclusão e exclusão de medicamentos, foi nomeada comissão. A Resolução SMS nº 1.139, de 4 de abril de 2005, constituiu o Grupo Técnico de Estudos sobre Medicamentos, formado por profissionais da Secretaria Municipal, envolvidos na gerência de diversas atividades relacionadas às ações e serviços de saúde. V. Resolução SMS nº 1.139, de 4 de abril de 2005, art. 3º: "o Grupo Técnico de Estudos sobre Medicamentos terá as seguintes atribuições: a) Padronizar os medicamentos a serem utilizados na rede assistencial própria da Secretaria Municipal de Saúde, dentro dos critérios estabelecidos, que obedeçam aos parâmetros da economicidade, qualidade, segurança e eficácia; b) Avaliar os pedidos de inclusão e exclusão de medicamentos na Remume-Rio; c) Convidar, quando couber, consultores *ad hoc*, sendo preferencialmente, especialistas ligados aos Programas Nacionais ou Estaduais de Saúde e as comissões técnicas da SMS-Rio, professores de Universidades ou profissionais de notório saber; d) Definir critérios que subsidiem a priorização dos medicamentos para elaboração de protocolos de uso de medicamentos".

[34] Os medicamentos de "dispensação" em caráter excepcional são aqueles destinados ao tratamento de patologias específicas, que atingem número limitado de pacientes, e que apresentam alto custo, seja em razão do seu valor unitário, seja em virtude da utilização por período prolongado. Entre os usuários desses medicamentos estão os transplantados, os portadores de insuficiência renal crônica, de esclerose múltipla, de hepatite viral crônica B e C, de epilepsia, de esquizofrenia refratária e de doenças genéticas como fibrose cística e a doença de Gaucher.

[35] A Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006, aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional e apresenta a lista de medicamentos sob a responsabilidade da União. A lista completa contendo mais de 105 substâncias ativas pode ser verificada no endereço: http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/ Port2006/GM/GM-2577.htm. A Portaria nº 1.321, de 5 de 18 junho de 2007, define os recursos a serem repassados para os Estados e o Distrito Federal, a título de cofinanciamento, referentes à competência maio e junho de 2007, para a aquisição e distribuição de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional da Tabela SAI/SUS. Nesse mesmo sentido decidiu a Comissão Intergestores Tripartite, no dia 5 de outubro de 2005, em reunião em que foi pactuada a repartição do financiamento dessa espécie de medicamento entre União e Estados: "Na questão dos Medicamentos da Dispensação Excepcional, o secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Dr. Moisés Goldbaum, falou do processo de trabalho na Câmara Técnica Tripartite e do acordo que fecharam para o momento. Após várias considerações CONASS e CONASEMS, onde foram solicitadas ao Ministério as criações de um mecanismo para compensar os Estados com saldos negativos no custeio de medicamentos excepcionais e mecanismos para enfrentar as questões judiciais, a proposta foi pactuada" (Resumo Executivo da Reunião Extraordinária de 05 de outubro de 2006 da Comissão Intergestores Tripartite. Disponível em http://dtr2001.saude.gov.br/dad/. Acesso em 27 ago. 07).

[36] Considerando a necessidade de contínuo abastecimento de medicamentos dos programas de assistência farmacêutica e a necessidade de padronizar os procedimentos administrativos adotados por todos os setores da Secretaria de Saúde, a citada resolução constituiu Comitê com as seguintes atribuições: (i) elaborar os procedimentos operacionais padronizados, para cada etapa do fluxo de aquisição, armazenamento e distribuição de medicamentos; (ii) analisar e avaliar os processos de aquisição de medicamentos em tramitação; (iii) elaborar cronograma de entrega de medicamentos; (iv) elaborar cronograma de pagamento para os fornecedores de medicamentos; (v) elaborar relatório de situação sobre abastecimento de medicamentos no prazo de 07 (sete) dias; e (vi) apresentar relatório com as medidas adotadas no prazo de 15 (quinze) dias.

Além disso, criou também o Colegiado Gestor da Política Estadual de Medicamentos e Assistência Farmacêutica (Resolução SES nº 2.600, de 2 de dezembro de 2004),[37] que tem a função de auxiliar a Secretaria de Estado na gestão da Assistência Farmacêutica. Acrescenta-se ainda que o Governo Estadual possui um programa de assistência farmacêutica denominado *Farmácia Popular*, que fornece remédios à população a preços módicos.[38]

32 Como se pode perceber da narrativa empreendida, não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca à entrega de medicamentos para a população. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do Poder Público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes. Após as reflexões teóricas e a descrição do quadro normativo, levadas a efeito nos capítulos anteriores, impõe-se agora a análise crítica do papel desempenhado pela jurisprudência para, na sequência, procurar desenvolver alguns parâmetros objetivos capazes de dar racionalidade e disciplina adequada à questão.

Parte III Interferência do Poder Judiciário em relação à saúde e ao fornecimento gratuito de medicamentos. Limites legítimos e críticas

I O espaço inequívoco de atuação judicial

33 O papel do Poder Judiciário, num Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas.[39]

34 Pois bem. O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento – como todo controle jurisdicional – uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. Também será legítima a utilização de fundamentos morais ou técnicos, quando seja possível formular um juízo de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos. Não é dessas hipóteses que se está cuidando aqui.

35 O tema versado no presente estudo envolve princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde. Disso resultam duas consequências relevantes. A primeira: como cláusulas gerais que são, comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e podem ser realizados por meio de diferentes atos de concretização. Em segundo lugar, podem eles entrar em rota de colisão entre si. A extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e estrutura deve ter como cenário principal as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a Constituição. Ou, ainda, de não atendimento do mínimo existencial.

36 Ressalvadas as hipóteses acima, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

---

[37] O Colegiado possui como objetivo formular políticas para o setor que envolvem um conjunto de iniciativas voltadas à promoção, proteção e efetivação da saúde. Segundo o art. 4º da Resolução, "os trabalhos do Colegiado gestor deverá englobar como eixo estratégico as diretrizes estabelecidas no item 5.3 da Portaria GM/MS nº 3.916/98 e em outros que forem considerados importantes para a melhoria do sistema de gestão, propondo, inclusive, medidas que julgar necessárias, encaminhando-as ao Secretário de Estado de Saúde para deliberação".

[38] Dados obtidos através do endereço: http://www.ivb.rj.gov.br/principal.asp: "Todas as farmácias vendem 48 medicamentos e mais as fraldas descartáveis (tamanhos M e G). Os medicamentos são produzidos pelo próprio IVB, Laboratório Farmacêutico da Marinha, IQUEGO (Indústria Química de Goiás), Lafepe (Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco) e FUNED (Fundação Ezequiel Dias, de Minas Gerais). Tudo a R$ 1. As fraldas são também para deficientes (de qualquer idade). Os medicamentos estão entre os mais consumidos pela terceira idade. São para hipertensão, cardiopatias, problemas de nervos, depressão, glaucoma e osteoporose entre outras. Para comprar na Farmácia Popular, é preciso ter 60 anos ou mais, apresentar receita médica da rede pública e com o nome genérico do medicamento e, ainda, morar nas regiões" (Acesso em 28 ago. 07).

[39] Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro, *Interesse Público* 19:51, 2003.

II Críticas à judicialização excessiva

37 A normatividade e a efetividade das disposições constitucionais estabeleceram novos patamares para o constitucionalismo no Brasil e propiciaram uma *virada jurisprudencial* [40] que é celebrada como uma importante conquista. Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes. De fato, existe um conjunto variado de críticas ao ativismo judicial nessa matéria, algumas delas dotadas de seriedade e consistência. Faz-se, no presente tópico, um breve levantamento de algumas dessas críticas, sem a preocupação de endossá-las ou infirmá-las. O propósito aqui é oferecer uma visão plural do tema, antes da apresentação dos parâmetros propostos no capítulo seguinte.

38 A primeira e mais frequente crítica oposta à jurisprudência brasileira se apoia na circunstância de a *norma constitucional* aplicável estar positivada na forma de norma programática.[41] O art. 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de *políticas sociais e econômicas*, não através de decisões judiciais.[42] A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do art. 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas.

39 Uma outra vertente crítica enfatiza a impropriedade de conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, antes, um problema de *desenho institucional*.[43] Há diversas possibilidades de desenho institucional nesse domínio. Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.

40 Uma terceira impugnação à atuação judicial na matéria, repetidamente formulada, diz respeito à intricada questão da *legitimidade democrática*. Não são poucos os que sustentam a impropriedade de retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos.[44] E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a

---

[40] J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 26, faz referência à "*viragem jurisprudencial*", observando: "As decisões dos tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional – daí o nome de *moderno direito constitucional*".

[41] Segundo José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 1999, pp. 83-4. 'A saúde é [...] dever do Estado...'], aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido. Sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida..." V. também: TJRJ, j. 17 dez. 1998, MS 220/98, Rel. Des Antonio Lindberg Montenegro: "Mandado de Segurança. Impetrantes portadores de insuficiência renal crônica. Fornecimento de remédio (CELLCEPT) pelo Estado. As normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto-custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a administração há que atender aos interesses mais imediatos da população. Impropriedade da via mandamental para atendimento do direito reclamado".

[42] Segundo o artigo 196 da Constituição Federal, "*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*".

[43] Sobre a noção de desenho institucional, v. F. Schauer, *Playing by the Rules*: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life, 1998; Noel Struchiner, *Para falar de regras*. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de doutorado apresentada à PUC-Rio, 2005.

[44] O argumento é assim sintetizado por Ingo Wolfgang Sarlet, Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, Interesse Público 12:102, 2001: "A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.) prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrandose, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes".

maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.[45]

41 Talvez a crítica mais frequente seja a financeira, formulada sob a denominação de "*reserva do possível*".[46] Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais,impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais.[47] Em diversos julgados mais antigos, essa linha de argumentação predominava. Em 1994, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal, alegou o alto custo do medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como a impropriedade de o Judiciário "*imiscuir-se na política de administração pública*".[48]

42 Mais recentemente, vem-se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam *a desorganização da Administração Pública*. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável.[49] Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

43 No contexto da *análise econômica do direito*, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significati-

---

[45] V. José Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constiuição*, 2001, p. 946: "os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação". No mesmo sentido, segundo Fabiano Holz Beserra, Comentário sobre a decisão proferida no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF, *Revista de Direito Social* 18:110, 2005: "De outra parte, é discutível a legitimidade daqueles que não possuem delegação popular para fazer opções de gastos. Quando há investimentos dispensáveis ou suntuosos, não há maiores problemas. O mesmo não se diga, porém, quando se está a optar por gastos sociais de igual status, como educação e saúde. Além disso, o que definiria a prioridade de atendimento: a distribuição do processo? O melhor advogado? A celeridade do juízo? São indagações que, sem dúvida, tornam a questão complexa".

[46] Ricardo Lobo Torres, O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: António José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson Miranda Coutinho (Org.), 2004, p. 455-6: "A doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam: [...] d) o reconhecimento da prevalência do princípio da reserva do possível (expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha – BverGE 33: 303-333 – largamente empregada em Portugal e no Brasil) ou da reserva orçamentária: 'não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral.' E) possibilidade de superação do princípio da reserva do possível no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jusfundamental."

[47] Gustavo Amaral, *Direito, escassez & escolha*: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas, p. 71-3: "Todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los".

[48] TJRJ, j. 20 set. 1994, Apelação Cível 1994.001.01749, Rel. Des. Carpena Amorim: "Medida cautelar inominada destinada ao fornecimento de remédio de alto custo indispensável para a sobrevivência de pessoa com deficiência renal. Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração publica destinada ao atendimento da população. Manutenção da sentença. (DP) Vencido o Des. Hudson Bastos Lourenço".

[49] Marcos Maselli Gouvêa, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos, Revista forense 37: 113, 2003, sintetiza a crítica da seguinte forma: "Um viés da crítica que se traça ao intervencionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais. Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência".

vamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública,[50] como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável.[51] Em 2007, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, já foram gastos com os programas de Assistência Farmacêutica R$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R$ 102.960.276,00 que foram investidos em saneamento básico.[52] Tal opção não se justificaria, pois se sabe que essa política é significativamente mais efetiva que aquela no que toca à promoção da saúde.[53] Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios.[54]

44 As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão desses se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.[55]

45 Por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar

---

[50] Como esclarece Marcos Maselli Gouvêa, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos, *Revista Forense* 37: 108, 2003. "Em tese, seria possível aventar uma infinidade de medidas que contribuiriam para a melhoria das condições de saúde da população, decorrendo daí a necessidade de se precisar que meios de valorização da saúde poderiam ser postulados judicialmente. Um grupo de cidadãos poderia advogar que a ação do Estado, na área de saúde, fosse máxima, fornecendo tudo o quanto, ainda remotamente, pudesse satisfazer tal interesse; outros poderiam enfatizar o cuidado com práticas preventivas, concordando com o fornecimento, pelo Estado, de vacinas de última geração, de eficácia ainda não comprovada; um terceiro grupo poderia pretender que o Estado desse impulso a uma política de saúde calcada na medicina alternativa, ou ao subsídio aos planos privados de saúde. Existe, enfim, um leque infinito de estratégias possíveis, o que aparentemente tornaria inviável sindicarem-se prestações positivas, nesta seara, sem que o constituinte ou o legislador elegessem uma delas".

[51] Varun Gauri, Social Rights and Economics: Claims to Health Care and Education in Developing Countries, *World Development* 32 (3): 465, 2004.

[52] Dados disponíveis em: http://www.planejamento.rj.gov.br/ OrcamentoRJ/2007_LOA.pdf. Acesso em 22 out. 2007.

[53] Segundo Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub, Direito à saúde no Brasil e princípios da seguridade social, Revista de direito social 20:58, 2005: "O atendimento integral é fruto da universalidade objetiva, sendo que a prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, é oriunda da razoabilidade. Como diria São Jerônimo, *sancta simplicitas*: é melhor prevenir que remediar. E remediar faz mais sentido quando se trata de saúde. Previnam-se as doenças, mantendo-se o atendimento para os já enfermos. Tal prevenção envolve um conceito amplo de saúde, associado com o equilíbrio físico, o psicológico e o social. [...] Estas diretrizes [as do art. 200 da CF/88] confirmam o alcance de um conceito amplo de saúde, associado com o equilíbrio físico, o psicológico e o social. o meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador, v. g., são interesses difusos, pois causam impacto social. A vigilância sanitária e epidemiológica também é prioridade. Temos visto recentemente o governo investir mais em referendos do que no controle da febre aftosa ou da gripe aviária. São questões intrínsecas à saúde, que deveriam ser essência da atuação estatal". V. também: Marcos Maselli Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas, 2003, p. 19: "Certas prestações, uma vez determinadas pelo Judiciário em favor do postulante que ajuizasse ação neste sentido, poderiam canalizar tal aporte de recursos que se tornaria impossível estendê-las a outras pessoas, com evidente prejuízo ao princípio igualitário".

[54] Nesse sentido, v. *TJRJ*, j. 20 set. 1994, Apelação Cível 1994.001.01749, Rel. Des. Carpena Amorim.

[55] Como sustenta Lúcia Léa Guimarães Tavares, O fornecimento de medicamentos pelo Estado, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral* 55:109-10, 2002: "Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são 'seletivas' no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo. Não posso, nem quero, entrar no mérito da questão do desperdício dos recursos públicos, desperdício este que, lamentavelmente, não é privilégio do Poder Executivo. Mas não há dúvida de que os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário".

[56] É o que explica Marcos Maselli Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas, 2003, p. 22-3: "O princípio da separação de poderes compreende, portanto, uma vertente político-funcionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora esta componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por

se determinado medicamento é efetivamente necessário para promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública.[56] O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.[57]

Parte IV Alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos

I Em relação às ações individuais

Parâmetro: no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos.

46 O primeiro parâmetro que parece consistente elaborar é o que circunscreve a atuação do Judiciário – no âmbito de ações individuais – a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos referidas acima.[61] Veja-se que o art. 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a *políticas sociais e econômicas*, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.

47 Esse primeiro parâmetro decorre também de um argumento democrático. Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos mediante a cobrança de tributos. E é o próprio povo – que paga os tributos – quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que

---

sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público. Aos empecilhos normativo-estruturais, financeiros e políticos listados acima são somados os obstáculos processuais. Ao passo em que os direitos liberais há séculos já se encontram consagrados nos ordenamentos e na jurisprudência dos mais diversos países, apenas no século XX passou-se a reservar maior atenção aos direitos prestacionais. Existe uma notável discrepância entre a complexidade e a eficiência dos remédios jurídicos destinados à salvaguarda dos direitos liberais (*habeas corpus*, mandado de segurança) e a completa ausência de instrumentos específicos de tutela dos direitos prestacionais. Não existe ainda, com pertinência a estas situações jurídicas, a vasta produção doutrinária e os precedentes jurisprudenciais que amoldam, encorpam, os direitos de primeira geração".

[56] É o que explica Marcos Maselli Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas, 2003, p. 22-3: "O princípio da separação de poderes compreende, portanto, uma vertente político-funcionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora esta componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade - incluindo a implementação de direitos prestacionais - devem ser reservados ao administrador público. Aos empecilhos normativo-estruturais, financeiros e políticos listados acima são somados os obstáculos processuais. Ao passo em que os direitos liberais há séculos já se encontram consagrados nos ordenamentos e na jurisprudência dos mais diversos países, apenas no século XX passou-se a reservar maior atenção aos direitos prestacionais. Existe uma notável discrepância entre a complexidade e a eficiência dos remédios jurídicos destinados à salvaguarda dos direitos liberais (habeas corpus, mandado de segurança) e a completa ausência de instrumentos específicos de tutela dos direitos prestacionais. Não existe ainda, com pertinência a estas situações jurídicas, a vasta produção doutrinária e os precedentes jurisprudenciais que amoldam, encorpam, os direitos de primeira geração".

[57] Confira-se, a respeito, a explicação de Ana Paula de Barcellos, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *Revista de Direito do Estado* 3:32, 2006: "Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *microjustiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macrojustiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado".

[58] Parece impossível, por evidente, considerando a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, impedir demandas individuais que visem ao fornecimento de medicamentos não incluídos em lista. Ao decidir tais demandas, porém, o magistrado terá o ônus argumentativo de enfrentar os óbices expostos no texto. O ideal, a rigor, seria o magistrado oficiar ao Ministério Público para que avalie a conveniência do ajuizamento de uma ação coletiva, ainda que, naquele caso específico, e em caráter excepcional, decida deferir a entrega do medicamento para evitar a morte iminente do autor. O tema será retomado adiante ao longo do texto.

determina a dispensação de medicamento que não consta das listas em questão enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos.

48 Foi nessa linha que entendeu a Ministra Ellen Gracie na SS 3073/RN, considerando inadequado fornecer medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. A Ministra enfatizou que o Governo Estadual (Rio Grande do Norte) não estava se negando à prestação dos serviços de saúde e que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as já combalidas políticas de saúde.[59]

49 Essa mesma orientação predominou no Superior Tribunal de Justiça, em ação na qual se requeria a distribuição de medicamentos fora da lista. Segundo o Ministro Nilson Naves, havendo uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnico-científicos.[60] A princípio, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista. Se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário.

II Em relação às ações coletivas

Parâmetro: a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas.

50 Um dos fundamentos para o primeiro parâmetro proposto acima, como referido, é a presunção – legítima, considerando a separação de Poderes – de que os Poderes Públicos, ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, fizeram uma avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos. Essa presunção, por natural, não é absoluta ou inteiramente infensa a revisão judicial. Embora não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, cabe-lhe por certo coibir abusos.

51 Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias. [61] As razões para esse parâmetro são as seguintes.

52 *Em primeiro lugar*, a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.)

---

[59] STF, DJU 14 fev. 2007, SS 3.073/RN, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie: "Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, 'o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo' (f. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (f. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência".

[60] STJ, *DJU* 2 fev. 2004, STA 59/SC, Rel. Min. Nilson Naves.

[61] Isso, é claro, dependeria de uma revisão mais abrangente da tradicional jurisprudência do STF, restritiva ao controle em abstrato das leis orçamentárias. Como exemplo dessa linha interpretativa, v. STF, *DJU* 16 mar. 2007, ADI 3.652/RR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: "Limites na elaboração das propostas orçamentárias (art. 41): inviabilidade do exame, no controle abstrato, dado que é norma de efeito concreto, carente da necessária generalidade e abstração, que se limita a fixar os percentuais das propostas orçamentárias, relativos a despesas de pessoal, para o ano de 2006, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e do Ministério Público: precedentes".

terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Será possível ter uma ideia mais realista de quais as dimensões da necessidade (*e.g.*, qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo.

53 *Em segundo lugar*, é comum a afirmação de que, preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *microjustiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macrojustiça*.[62] Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e *macrojustiças*. Lembre-se ainda, como já se referiu, que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas: é o que se passa com educação, saúde (CF/88, arts. 198, § 2º, e 212) e com a vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. Nesse caso, o controle em abstrato – da alocação orçamentária de tais recursos às finalidades impostas pela Constituição – torna-se substancialmente mais simples.

54 *Em terceiro lugar*, e como parece evidente, a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente. Do ponto de vista da defesa do Estado em ações judiciais, essa solução igualmente barateia e racionaliza o uso dos recursos humanos e físicos da Procuradoria-Geral do Estado.

55 No contexto dessas demandas, em que se venha a discutir a alteração das listas, é possível cogitar ainda de outros parâmetros complementares, capazes de orientar as decisões na matéria. Confiram-se.

a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos.

56 Um dos aspectos elementares a serem considerados pelo Judiciário ao discutir a alteração das listas elaboradas pelo Poder Público envolve, por evidente, a *comprovada eficácia das substâncias*. Nesse sentido, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu liminar em ação civil pública que obrigava o Estado a distribuir *Interferon Perguilado* ao invés do *Interferon Comum*, este já fornecido gratuitamente. O Tribunal entendeu que o novo medicamento, além de possuir custo desproporcionalmente mais elevado que o comum, não possuía eficácia comprovada. Entendeu ainda que o Judiciário não poderia se basear em opiniões médicas minoritárias ou em casos isolados de eficácia do tratamento.[63] No mesmo sentido, não se justifica decisão que determina a entrega de substâncias como o composto vitamínico "cogumelo do sol", que se insiram em terapias alternativas de discutível eficácia.[64]

b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil.

57 A inclusão de um novo medicamento ou mesmo tratamento médico nas listas a que se vinculam os Poderes Públicos deve privilegiar, sempre que possível, medicamentos disponíveis no mercado nacional e estabelecimentos situados no Brasil, dando preferência àqueles conveniados ao SUS.[65] Trata-se de decorrência da necessidade de harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário. Nesse sentido, embora em demanda individual, o Ministro Cezar Peluso, no RE 411.557/DF, admitiu a possibilidade do exame dos fatos e provas, de modo a verificar se seria possível a substituição do tratamento no exterior por um similar no País, o que apenas não ocorreu por se tratar de recurso extraordinário.[66]

c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo.

58 Pelas mesmas razões referidas acima, os medicamentos devem ser preferencialmente genéricos ou de menor custo. O medicamento genérico, nos termos

---

[62] Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, 1992; Gustavo Amaral, *Direito, escassez & escolha* – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas, 2001; e Flávio Galdino, *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores, 2005.

[63] STJ, *DJU* 5 abr. 2004, AgRg-Pet 1.996/SP, Rel. Min. Nilson Naves.

[64] Como esclarece Ricardo Seibel de Freitas Lima, Direito à saúde e critérios de aplicação, *Direito Público* 12:68-9 , 2006: "o Poder Judiciário não necessita ficar vinculado à observância de um protocolo clínico, mas é altamente recomendável que o magistrado, ao analisar a situação, confie nos estudos técnicos elaborados de forma ética e científica por profissionais de renome, o que evitará que o Estado seja a compelido a custear medicamentos ou tratamentos baseados em prescrições duvidosas, perigosas, não admitidas no País e até mesmo, antiéticas, pois tendentes a beneficiar determinado fabricante em detrimento de outros".

[65] Ricardo Seibel de Freitas Lima, Direito à saúde e critérios de aplicação, *Direito Público* 12:66, 2006.

[66] STF, *DJU* 26 out. 2004, RE 411557/DF, Rel. Min. Cezar Peluso.

da legislação em vigor (Lei nº 6.360/76, com a redação da Lei nº 9.787/99), é aquele similar ao produto de referência ou inovador, com ele intercambiável, geralmente produzido após a expiração da proteção patentária, com comprovada eficácia, segurança e qualidade.

d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

59 A discussão sobre a inclusão de novos medicamentos na listagem que o Poder Público deverá oferecer à população deve considerar, como um parâmetro importante, além dos já referidos, a relação mais ou menos direta do remédio com a manutenção da vida. Parece evidente que, num contexto de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem, entretanto, ser essencial para a sobrevida.

III Em relação à legitimação passiva

Parâmetro: o ente federativo que deve figurar no pólo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido.

60 Como mencionado, apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los *solidariamente*, considerando que se trata de competência comum. Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o polo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.

61 Nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão a ser travada entre União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta, para a definição do pólo passivo em tais casos, a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista.

Conclusão

62 Diante do exposto, é possível compendiar, nas proposições seguintes, as principais ideias no que diz respeito ao dever estatal de fornecer medicamentos à população:

A) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em *ações individuais*, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público; e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica.

B) No âmbito de *ações coletivas* e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas –, o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.

...

O contrato eletrônico no limiar do século XXI

Adriano Roberto Vancim[*]

Sumário: 1 Aspectos gerais. 1.1 Conceito de contrato eletrônico. 1.2 Contrato entre ausentes ou entre presentes? 1.3 Partes contratantes. 2 Formas de contratação e-commerce. 2.1 Business-to-government (b2g). 2.2 Business-to-business (b2b). 2.3 Business-to-consumer (b2c). 2.4 Consumer-to-consumer (c2c). 3 Formação do contrato eletrônico. 3.1 Pressupostos e requisitos de validade. 3.2 Momento da conclusão do contrato. 3.3 Lugar da conclusão do contrato. 4 Modalidade de adimplemento. 4.1 Duplicata "digital". 5 Legislação aplicável. 5.1 Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. 5.2 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos internacionais privados. 5.3 Tendências internacionais. 6 Considerações finais. 7 Referências bibliográficas.

1 Aspectos gerais

1.1 Conceito de contrato eletrônico

De início, ressalte-se que o contrato eletrônico deve ser compreendido de maneira restrita, como um tipo de contrato definido, realizado no comércio eletrônico, sendo que o comércio em si praticado não se situa apenas sobre a compra e venda de um bem ou a prestação de algum serviço (apenas para exemplificar), mas abrange uma série de fatores referentes aos momentos que antecedem e sucedem o negócio jurídico, tendentes a auxiliar sua concretização.

Explicitam-se como fatores a publicidade e o anúncio do produto, técnicas de pesquisa sobre o mercado consumidor, prestação de assistência técnica pertinente à operacionalidade do bem adquirido, fixação de formas de pagamento, critérios que fixam ou isentam custos referentes às despesas de manutenção etc.

Perfilando ainda o comércio eletrônico, Ricardo Luis Lorenzetti salienta que

> *el comercio electrónico tiene fuertes incentivos económicos: una reducción de costos administrativos e impositivos, el acortamiento del proceso de distribución e intermediación, la posibilidad de operar durante todo el día; la superación de las barreras nacionales; el aumento de la celeridad en las transacciones* (2000, p. 14).

Em fase embrionária, o conceito amplamente adotado foi o trazido por Semy Glanz (1998, p.72), pelo qual "contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas. Dispensam assinatura ou exigem assinatura codificada ou senhas".

Por conseguinte, veja-se que o contrato eletrônico, como regra, é aquele firmado entre pessoas ausentes, uma vez que, num determinado lapso de tempo restrito, entre o conhecimento da proposta (oferta) e sua devida aceitação, ocorre a receptividade das duas manifestações de vontade, unidas através da internet.

No mesmo sentido, de modo especificativo, Carlos Alexandre Rodrigues o define como sendo "aquele que se realiza tendo como meio de aproximação das partes a internet, e estando as partes *on-line* no momento da contratação" (2001, p. 87).

Preferimos, por oportuno, adotar a denominação contratos inominados e não contratos atípicos, embora possam ser utilizados algumas das vezes como expressões sinônimas, em razão de não ser correto atribuir tal característica pelo simples fato de não possuir o contrato eletrônico definido *nomen juris*.

Embora não esteja especificamente disciplinado no ordenamento jurídico pátrio em "corpo próprio", tal contratação ensejará a caracterização de uma compra e venda, de uma prestação de serviço e tantos outros que venham surgir por conveniência de contratação, com a única diferença de ser perpetrado em ambiente virtual.

1.2 Contrato entre ausentes ou entre presentes?

Com fundamento na legislação argentina, diversos autores vêm apresentando a forma como se estabelecem os contratos celebrados via internet, ou seja, o modo como se dá o "consentimento eletrônico".

O fator que caracteriza o contrato como sendo entre ausentes ou entre presentes não é a presença física das partes contratantes quando da celebração do contrato, mas, sim, a sua declaração de vontade em concretizar o contrato.

Tratando-se de declaração de vontade instantânea, aquela em que o proponente envia a sua proposta contratual e, de imediato, o oblato emite sua aceitação, estaremos diante de um contrato entre presentes. De outra sorte, se o proponente envia sua proposta, mas há certo lapso de tempo considerável para a sua aceitação por parte do oblato, estaremos diante de um contrato entre ausentes.

---

[*] Ex-Advogado em Ribeirão Preto/SP. Autor de inúmeros artigos jurídicos publicados em revistas especializadas, com citação inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ. Autor de "Direito Internacional Público e Privado" na obra *Curso preparatório para o exame de Ordem - prova objetiva e parte teórica*, 5. ed., Editora Tático. Co-autor de "Direito Internacional Público e Privado" na obra *Coleção sinopses jurídicas*, Editora Tático. Servidor público vinculado ao Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Guaxupé/MG. Aprovado no concurso para Notário e Registrador promovido pelo TJMG.

De maneira exemplificativa, clara é a lição de María José Azar (2002, p. 39-40).

Os contratos entre presentes podem ocorrer pelas seguintes formas:

> *A) En forma interactiva: es el caso de dos sujetos que se encuentran en la red y deciden la formulación de un contrato.*
> *B) Automáticamente, com intervención de computadoras previamente programadas [...] tal como cuando se programa la computadora de una empresa para recibir órdenes de compra limitadas al número y características de los productos disponibles en stock.*
> *Por seu turno, verificam-se os contratos entre ausentes pelas seguintes maneiras:*
> *A) Cuando una persona intente una comunicación interactiva y, por ausencia de la outra, el intercambio no pueda ser instantáneo. Por ejemplo se envía por mail una propuesta de contrato, pero por ausencia del destinatario (porque no se encuentra conectado a internet y bajando los mensajes nuevos que estén en la cola a la espera de su lectura por el destinatario), no conecerá el contenido de la oferta inmediatamente y el sujeto tardará en enviar la aceptación [...] É o caso do spam.*
> *B) Cuando una de las partes opera en forma automática y la outra lo hace através de un sujeto ajeno a la parte com quien el proponente pretende contratar (tal el caso de un sujeto com facultades insuficientes como para concluir o configurar el contrato), tal el caso de un dependiente [...].*

Afere-se que os contratos de consumo e os de natureza mercantil que independem de uma discussão ampla e detalhada acerca das cláusulas contratuais, bastando, para sua convalidação, um simples toque na tecla do computador, consoante o ordenamento jurídico argentino, podem ser celebrados entre presentes, uma vez que *"las cosas están dispuestas de manera que cualquiera del público puede concluir y cumplir el contrato"* (AZAR, 2002, p. 39).

De outra banda, ainda exemplificando, contratos mais complexos, de maior relevância, que na maior parte das vezes não são firmados e concluídos num simples ato, exigindo por consequência um intenso debate de ideias, desde as tratativas até seu efetivo cumprimento, são tidos como celebrados entre ausentes.

Não nos posicionamos, contudo, em afirmar que o fator imperioso em caracterizar o contrato como celebrado entre ausentes ou entre presentes está na sua complexidade de negociação e execução. Até porque, dependendo das circunstâncias, pode a negociação perdurar durante várias horas, mas ocorrer de modo simultâneo, como pode também haver uma simples negociação preliminar, mas sua execução não se dá instantaneamente. Referendamos que o fator de distinção está justamente em reconhecer ou não o interstício existente entre a proposta e sua devida aceitação, o que, razoavelmente, se faz necessário nos contratos de natureza mais complexa.

1.3 Partes contratantes

Importa registrar que deve ser repelida, de imediato, qualquer opinião no sentido de se referendar como parte no contrato o provedor de acesso à internet.

No mesmo diapasão, Newton De Lucca discorre que a provedora de acesso, que tem a função de disponibilizar o endereço na internet, armazenar e inserir o *site* na rede, prestar e adquirir informações para seus usuários, não pode ser considerada parte. Isso porque a ela cabe, apenas, o encargo de organizar o meio físico e logístico que viabilizam a comunicação entre os computadores do usuário e a rede mundial de computadores, não cabendo, portanto, outra classificação, senão a de agente interveniente (2000, p. 59).

Assim sendo, parte nada mais é que o interessado, ou os interessados na relação contratual, tendentes a obter um produto ou prestação de serviço.

Significa dizer que os contratos, quanto a seus efeitos, ou serão unilaterais ou bilaterais (sinalagmáticos). De outra sorte, exige-se, para a formação do contrato, a manifestação de vontade de uma ou mais de uma pessoa, fato esse não correlato quanto ao efeito, uma vez que, embora bilateral, pode ele não ser sinalagmático, bastando, para tanto, a não inserção de direitos e obrigações recíprocas entre as partes contratantes.

Decorrente da supra-análise, importa salientar que obrigações surgidas para o efetivo cumprimento do contrato e eventuais penalidades emergidas em decorrência de seu inadimplemento surtirão efeitos tão somente entre as partes interessadas que pactuaram o negócio jurídico (salvo terceiros interessados), estando a provedora isenta de qualquer responsabilidade no que atina ao cumprimento do contrato em si.

Porém, será ela responsabilizada apenas quando da ocorrência de falhas, que, por si só, possam prejudicar a perfeita e exata comunicação entre o computador dos usuários-contratantes com a rede mundial de computadores.

Por derradeiro, nos dizeres de Waldo Augusto Roberto Sobrinho (2001, p. 24), as empresas provedoras de acesso à internet classificam-se em três, cada uma com suas responsabilidades próprias, a ver:

> *Las empresas de information service providers son responsables en forma objetiva por el hecho de haber incorporado informaciones a sus páginas o sitios [...] serán responsables en forma subjetiva, debiendo distinguirse, si las informaciones versan sobre personas 'públicas', o si trata de personas 'no públicas';*
> *Las empresas de Internet Service Providers (I.S.P.), y hosting service providers tendrán una responsabilidad subjetiva, derivada de su falta de diligencia del control de las páginas o sitios [...];*
> *Las empresas de access service providers , en principio no tendrán responsabilidad, dado que ellas solamente brindan un servicio de infraestructura técnica, para que las páginas y/o sitios puedan estar en el ciberespacio.*

2 Formas de contratação e-*commerce*

2.1 *Business-to-government* (*b2g*)

Esta modalidade tem como característica o comércio realizado eletronicamente entre o Poder Público, direto ou indireto, com qualquer particular, estando presente desde as mais variadas espécies de licitações até cotações em mercado de bancos estatais.

2.2 *Business-to-business* (*b2b*)

Nesta modalidade de contratação, há uma interatividade de relacionamento entre empresa e seus fornecedores na realização da mercancia. Trata-se da efetivação do negócio comercial entre sociedades empresariais compradoras e vendedoras, sendo esse tipo de contratação a realizada em maior vulto pela internet.

Como meio de solucionar eventuais conflitos existentes, as partes se utilizam, comumente, da arbitragem, seja mediante a inserção da cláusula compromissória seja por meio do compromisso arbitral.

2.3 *Business-to-consumer* (b2c)

Consubstancia em ser a forma de contratação eletrônica mais presente, não sendo, entrementes, a mais executável, assim como ocorre com as *b2b*, em que se verifica uma relação jurídica de consumo entre a empresa fornecedora e o consumidor, para a obtenção de um produto ou a prestação de serviços.

Nas relações contratuais estabelecidas sob a forma *b2c*, depara-se com uma típica hipótese de contrato de adesão, com a ímpar característica de que as cláusulas contratuais inseridas são estipuladas prévia e unilateralmente por apenas uma das partes contratantes, exatamente a que está em posição mais privilegiada, não havendo, portanto, o acordo mútuo na formação do negócio jurídico.

2.4 *Consumer-to-consumer* (*c2c*)

Consoante preleciona, com muita propriedade, Juliana Canha Abrusio, esta modalidade contratual "não apresenta relação de consumo, pois não está presente a condição de vulnerabilidade entre uma parte em relação à outra, portanto, regidas pelo Código Civil".

Verifica-se facilmente este contrato quando da compra de algum produto em *sites* de leilão ou em *sites* de classificados.

3 Formação do contrato eletrônico

3.1 Pressupostos e requisitos de validade

É da natureza dos contratos, não sendo diferente nos contratos eletrônicos, sendo, pois, um contrato típico, para que possam ser reputados como existentes e perfeitamente válidos, a estrita obediência aos pressupostos (condições sobre as quais se desenvolve o contrato) e requisitos (elementos intrínsecos do contrato) do negócio jurídico, de forma que sua não observância acarretará a nulidade ou anulação do contrato.

A legislação civil elenca, de maneira exaustiva, os requisitos e pressupostos de validade, devendo estes ser compreendidos em seus aspectos objetivo, formal e subjetivo.

Os requisitos objetivos dizem respeito ao objeto da contratação, a saber:

a) O objeto deve ser lícito, porquanto inadmissível em nosso ordenamento aqueles contrários à lei, moral, bons costumes e ordem pública;

b) possível, não devendo ir além da força humana, físico-natural, tampouco ser inexistente;

c) determinado ou determinável, especificidade quanto ao gênero, qualidade, quantidade ou qualquer outro elemento dado por meio de caracteres individuais.

O requisito formal consubstancia-se na observação da forma prescrita ou não proibida em lei, vale dizer, apesar de se ter como regra a livre forma para contratar (art.107, CC), desde que não seja contrária ao Direito, quando a lei prescrever o contrário, esta deve ser cumprida.

Os requisitos subjetivos, por seu turno, são:

a) evidência de no mínimo duas pessoas com o *animus contrahendi*;

b) capacidade para praticar atos da vida civil;

c) consentimento das partes contratantes.

Como regra operante, os contratos eletrônicos são ditos sinalagmáticos, uma vez que devem gerar correceptividade de obrigações e direitos para ambas as partes. Assim sendo, inicialmente, as partes devem ser capazes, ou seja, aptas para dar vida aos negócios jurídicos, estando o contrato sujeito às obrigações dele decorrentes, importando nulidade, no caso de incapacidade absoluta, e anulabilidade, em se tratando de incapacidade relativa.

Apresenta-se tal requisito extremamente dificultoso de se verificar nos contratos eletrônicos, haja vista as partes não estarem presentes fisicamente na contratação, nem sendo possível identificar, sendo relativamente incapaz, a figura do assistente, ou então do representante, no caso de incapacidade absoluta.

Com efeito, há que se aduzir que para a prática de certos atos mister que o contratante tenha também legitimação, não bastando para sua convalidação a capacidade.

Nesse sentido, bem leciona o mestre Silvio Rodrigues que

> [...] a capacidade é a aptidão intrínseca da pessoa para dar vida a negócios jurídicos; legitimação é a aptidão para atuar em negócios jurídicos que tenham determinado objeto, em virtude de uma relação em que se encontra, ou se coloca, o interessado em face do objeto do ato (1998, p. 173).

Importante referir, ainda, que, além dos pressupostos/requisitos de validade, a doutrina tenciona em distingui-los dos elementos constitutivos e essenciais dos negócios jurídicos. Destarte, no direito obrigacional, é elemento essencial exigido para a própria substância do ato, o consentimento, compreendido como o acordo de vontades entre as partes contratantes, convergente à realização do negócio jurídico.

Posto isso, conclui-se que, na falta da *essentialia negotii* para a formação do contrato, este não poderá ser considerado nulo e muito menos anulável, e sim um ato inexistente no mundo jurídico, incapaz de produzir efeitos.

3.2 Momento da conclusão do contrato

Seja qual for o contrato realizado entre presentes, dúvidas não há acerca do momento de sua conclusão, reputando-se concluso a partir do instante em que o oblato consente em aceitar de imediato a proposta do proponente, caso em que o contrato se torna obrigatório para as partes.

A questão merece maior reflexão, em se tratando de contratos entre ausentes, sendo aquele em que há um determinado lapso de tempo considerável entre o envio da proposta e sua aceitação. Destarte, na busca em solucionar essa questão, consta da legislação civil a adoção de algumas teorias que demonstram o momento a partir do qual estão as partes vinculadas umas às outras.

Pela teoria da informação ou cognição, está concluído o contrato desde o instante em que o proponente toma ciência da aceitação da proposta pelo oblato. Segundo a teoria da agnição ou declaração, o contrato estará concluído a partir do instante em que o oblato manifesta sua aquiescência, subdividindo-se em: (i) declaração, estando concluso o contrato quando o oblato formula sua aceitação à proposta; (ii) expedição, estando concluso quando o oblato remete sua aceitação ao proponente; e (iii) recepção, em que se reputa concluído o contrato a partir do instante em que o proponente recebe, efetivamente, a aceitação do oblato.

Diante de tais teorias, a melhor doutrina recomenda a aplicação, com algumas ressalvas (art.434, CC), da teoria da agnição na modalidade expedição, do qual o contrato está concluído no instante em que o oblato manifesta sua aquiescência à proposta, sendo indispensável sua remessa, não necessitando, no entanto, que o proponente receba efetivamente a resposta.

Nos contratos eletrônicos, em específico, a questão não é diferente, aplicando-se, por conseguinte, quanto ao tempo do contrato, a teoria da agnição-expedição, observadas as exceções insertas no art. 1.085 e 1.086, incisos II e III, do Código Civil, que adotam a teoria da expedição.

Assim sendo, como bem preceitua Rosana Ribeiro da Silva, normalmente, a aceitação da oferta insculpida nas home pages "se perfaz com a remessa do cartão de crédito do oblato, para transferência do valor da mercadoria que pretende adquirir para o policitante" (2001, p. 204).

3.3 Lugar da conclusão do contrato

Mister discorrer, de igual modo, sobre o lugar da celebração do contrato, não somente para poder estabelecer o foro competente, mas, principalmente, para saber qual lei será aplicada à relação contratual.

Aparentemente, poder-se-ia incorrer no erro de entender contraditório o disposto no art. 9º, § 2º, da LICC, com o art. 435 do Códex Civil. Isso porque, enquanto o primeiro determina que o contrato se reputa concluído no lugar em que residir o proponente; o segundo, dispõe que o contrato está concluído no lugar em que foi proposto.

Não há qualquer contradição, pois, devido aplicar a lei do lugar onde estiver o proponente, e não o de sua residência, não se confunde, portanto, com seu termo jurídico. Assim, ambos os diplomas legais referem-se ao lugar onde foi feita a proposta.

Corroborando, a insigne jurista Maria Helena Diniz aduz que

> [...] a obrigação convencional contratada entre ausentes, se regerá pela lei do país onde residir o proponente, pouco importando o momento e o local da celebração contratual. A lei a aplicar será a do lugar da residência do proponente, ou melhor, a do local onde foi feita a proposta, não adotando, portanto, a norma de direito internacional privado a *lex domicilli* do proponente (2000, p. 268).

Ainda no mesmo sentido:

> No comércio eletrônico internacional não há como aplicar o *locus regit actum*, por ser difícil a determinação do lugar da constituição do contrato feito via internet, uma vez que a manifestação da vontade se opera mediante registro em meio virtual. Daí a norma do art. 9º, parágrafo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil prescrever que a obrigação contratual se reputa constituída no local em que residir o proponente, pouco importando o momento e o lugar de sua celebração, regendo-se pelas leis do país em que se situar o estabelecimento eletrônico (DINIZ, 2000, p. 677).

Exceção feita à aplicabilidade do *locus regit actum*, está inserto no art. 17 da LICC, que todo e qualquer ato será considerado ineficaz, quando ofenderem a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes, pois ignorar tal assertiva é abrir possibilidades de se "burlar a lei nacional, praticando negócio em país estrangeiro para fugir às exigências da lei pátria. Havendo fraude à lei, tal ato não poderá subsistir" (DINIZ, 2000, p. 261).

Na linha de pensamento trazido a lume, firmado um contrato, em que, uma vez demonstrado que o proponente possui seu estabelecimento na Espanha, havendo o inadimplemento contratual, a lei a ser aplicada a

solucionar o problema será a lei componente do ordenamento jurídico espanhol, e não a do ordenamento brasileiro.

Abriu precedente a decisão da 4ª Turma do Egrégio STJ (REsp 63.981), compreendendo-se a seguinte ementa:

> Direito do consumidor. Filmadora. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca (Panasonic). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria.
> I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso país.
> II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje 'bombardeado' diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.
> III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

As empresas multinacionais são aquelas empresas que perderam o caráter de nacionalidade, passando a atuar de maneira mais ampla num vasto "parque temático", de forma que o exercício da atividade econômica por elas empreendidas vai muito além das fronteiras do Estado originário.

Com isso, sendo a expressão mais forte do capitalismo internacional, nada mais correto atribuir aos grandes grupos econômicos a incumbência de terem de suportar os encargos devidos.

O grande questionamento surge quando firmado o contrato, e a empresa-proponente não possuir qualquer estabelecimento no Brasil, capaz de ensejar a aplicabilidade da lei pátria, sendo, ainda assim, aplicável à solução do caso o Código de Defesa do Consumidor.

Insta lembrar ser perfeitamente possível, tendente a alterar a competência para processar e julgar conflitos desta natureza, as partes pactuarem o foro de eleição, consoante dispõe a Súmula 335 do egrégio STF: "É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato".

Todavia, sendo em regra os contratos eletrônicos fixados unilateralmente (contratos de adesão), há uma forte corrente, porém nem um pouco unânime, direcionada a admitir que a cláusula de eleição deva ser tida por abusiva nos contratos de adesão, visto que compromete o direito à ampla defesa e o acesso à Justiça.

O STJ, pronunciando sobre o assunto, deixou assentado que:

> A circunstância de tratar-se de contrato de adesão, só por si, não basta para ter-se como inadmissível a cláusula de eleição de foro (STJ, REsp 13.451-0/SC, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJU* de 21.09.92).
>
> A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de intelecção suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa (REsp 167.918/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* de 14.06.99).

Posto isso, não é mansa, tampouco pacífica, a aceitação da inclusão da cláusula de eleição de foro nos contratos de adesão como forma de estabelecer o local, e lei competente para dirimir conflitos dessa ordem dirá nos contratos eletrônicos internacionais. Donde a complexidade referente ao local de sua constituição ser ainda maior.

4 Modalidade de adimplemento

4.1 Duplicata "digital"

Caracteriza-se por ser título originário de uma compra e venda mercantil ou prestação de serviços não apostos em papel. Difere, assim, da duplicata propriamente dita, pois, se esta é firmada por escrito, aquela é realizada no ambiente digital.

Após terem concretizado a transação, comerciante e vendedor, utilizando-se de serviços de telecomunicações e de informática bancária, registram o crédito de forma digital e remetem os dados do título à instituição financeira da qual são clientes, ensejando um contrato de descontos de duplicatas, estando pronto a receber o valor referente à transação em sua conta bancária. Concluída tal operacionalização, a instituição financeira emite guia de compensação ao devedor que, dependendo de sua conveniência, efetua o pagamento em qualquer instituição pertencente ao sistema de compensação de crédito (PEIXOTO, 2001, p. 73).

Observa-se que os títulos de crédito oriundos da *web*, como modo de pagamento de um negócio jurídico

pactuado, não atendem ao requisito da cartularidade dos títulos, que, junto com a literalidade e a autonomia (abstração), constituem requisitos imprescindíveis para sua caracterização.

Não temos que, pelo fato de a duplicata ser emitida digitalmente, seja ela descaracterizada como título de crédito.

A fim de confirmar o aduzido, veja-se a correta explanação de Rodney de Castro Peixoto (2001, p. 78):

> O princípio da cartularidade dos títulos de crédito se encontra mitigado no que atinge a duplicata digital, visto que não há necessariamente a presença física do documento, aportado em papel. Uma vez que a norma permite o protesto feito por indicações do credor, nos casos de retenção ou extravio do título pago, é evidente a permissiva legal quando se tratar de documento representativo de crédito originado em meio magnético [...]. O direito à correta prestação jurisdicional não se esvai pela falta da cártula do título de crédito.

A mitigação apresentada pelo autor, frente a Lei 5.474/68, faz com que não se exija a utilização de meio físico para a existência do título de crédito, o que, aliás, tornou-se ainda mais perceptível com o atual Código Civil, ao prescrever no parágrafo 3º do art. 889 que: "O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo".

Dentre os requisitos indispensáveis, temos a data da emissão, a indicação precisa dos direitos que confere e a assinatura do emitente (*caput* do art. 889), que pode ser digital.

O citado autor ainda traça uma importante observação acerca da não descaracterização da duplicata digital como título de crédito, ao dispor acerca da sua executoriedade, quando do não pagamento da obrigação.

Ocorrendo o inadimplemento, há a possibilidade do protesto por indicação do título pelo comerciante (Lei 5.474/68), que deverá instruir a inicial com o comprovante de entrega da mercadoria, podendo, caso necessário, haver a substituição por qualquer outro elemento capaz de demonstrar a transação e a entrega, como, *verbi gratia*, *e-mails*, relatórios, dentre outros (PEIXOTO, 2001, p. 74).

Com o advento da Lei 9.492/97, o protesto por indicação foi atualizado à era da tecnologia, possibilitando que as duplicatas protestadas sejam transmitidas ao tabelionato de protestos "por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados" (art. 8º, parágrafo único).

A respeito, em momento próprio, o Tribunal de Justiça de São Paulo conferiu validade ao protesto por indicação de título, independentemente da sua preexistência física:

> O protesto por indicação da duplicata não depende da preexistência física do título e de sua apresentação nessa espécie ao sacado, consoante se depreende do art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.492/97, autorizando-se que as indicações da duplicata sejam transmitidas e recepcionadas pelos Tabeliões de Protesto por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados (Ap 118.055-4/0-00 - 9ª Câm. - j. em 14.12.1999 - Rel. Des. Aldo Magalhães).

No mesmo sentido, é a concisa lição de Paulo Salvador Frontini (1996, p. 65-66):

> Os títulos de crédito e outros títulos circulatórios, a exemplo do que já aconteceu com a duplicata, seguirão a técnica operacional de circulação informatizada do crédito. Se e quando surgir um problema (inadimplência, execução civil, pedido de falência), o título será impresso, para ganhar base física. Os usos e costumes caminharão - e, após eles, por certo a lei o fará - no sentido de instituir formas extracartulares de aceite e coobrigação. Não nos esqueçamos: no Direito Comercial as práticas comerciais geralmente antecedem a legislação.

Claro assim, com o emprego da informática em massa, os títulos de crédito perderão gradativamente sua aposição num suporte físico, devendo ser levada a efeito a ideia que outrora era considerada meramente imaginária, de se aceitar a circulação não materializada de créditos, fugindo a seu modo da criação e utilização em sua forma cartular, não acarretando, contudo, sua desnaturação como título executivo.

5 Legislação aplicável

5.1 Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor tem incidência em situações das quais se evidencia uma relação de consumo, abrangendo, de um lado, a figura do fornecedor e, de outro, a figura do consumidor, com o objetivo de adquirir ou utilizar um produto ou serviço como destinatário final, sendo a amplitude desse campo de fácil constatação, na medida em que se permite não só a tutela de interesses individuais, mas também a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tudo com o único propósito de restabelecer equilíbrio a tais relações.

Uma vez verificada a existência de uma relação de consumo, a aplicabilidade das normas consumeristas se faz de rigor, revestida de princípios próprios, não sendo diferente sua presença nos contratos eletrônicos, dentre os quais, na forma *b2c*, onde se presencia uma autêntica forma de contrato de adesão. Nesse caso, a aplicação do comando legal torna-se imperativa.

Tais contratos, consoante louvável ensinamento,

> [...] é oferecido ao usuário em modelo uniforme, contendo as cláusulas essenciais (comprador, objeto e preço, com as

> condições de pagamento) e as cláusulas acessórias. Ao consumidor compete apenas preencher os dados faltantes e manifestar seu consentimento aos termos e condições propostos mediante acionamento do botão do mouse nos campos apropriados. Daí a designação corrente de *mouse-click contracts* (SANTOS, Pereira dos; ROSSI, 2000, p.124).

O fornecedor, nessa contratação, será o provedor de acesso à internet, que tem por finalidade:

> [...] prestar serviços de conexão e de transmissão de informações, através dos quais disponibiliza ele acesso aos *sites* e *home pages* e fornece atividades complementares, como a comunicação interpessoal (correio eletrônico e *chats*), a transmissão de dados, os serviços de boletins (BBS), a telefonia e até mesmo a radiofusão;

ou o provedor de conteúdo, sendo aquele que

> [...] oferta e comercializa bens e serviços, que são fornecidos na medida em que o usuário, aceitando a oferta de contratação eletrônica, adere aos termos e condições de fornecimento contidos na oferta,

ou as empresas que possuem *sites* próprios, possibilitando aos usuários

> consultar o catálogo de bens e serviços oferecidos, escolher o que desejam adquirir, fazer o pedido e pagar *on-line*, completando a transação sem ter que recorrer a mecanismos tradicionais, como confirmação do pedido via fax ou telefone, cobrança bancária ou reembolso postal (SANTOS, Pereira dos; ROSSI, 2000, p. 118-119).

Já o consumidor, facilmente detectável, é aquele usuário da internet que adquire um determinado bem, ou que se utiliza da prestação de algum serviço ofertado, como destinatário final.

Embora muito discutível e bastante controvertido, cumpre dizer ser perfeitamente admissível uma empresa ser caracterizada como consumidora de um produto ou de um serviço, estando ela fadada à legislação consumerista, e não à legislação comercial e civil, caso em que teremos ainda assim uma relação *b2c,* e não *b2b*, desde que aja ela como destinatária final do produto ou do serviço prestado, não estando vinculada de modo algum seu interesse à atividade empresarial por ela empreendida.

Permita-me afirmar que a relação de consumo somente subsistirá se o consumidor adquirir um bem ou utilizar-se de um serviço como destinatário final, vale dizer, para uso exclusivo seu ou de sua família, e não para recolocá-lo no mercado a fim de galgar vantagens, caso em que teremos por caracterizado um ato de incrementação do comércio.

Bem assinala a respeito Cláudia Lima Marques, para quem destinatário final (2000, p. 79):

> É aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência; é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria 'a destinação final' do produto ou do serviço.

Estando, portanto, comprovado que fornecedor e consumidor exercem uma relação de consumo, sitos no território nacional, dúvidas não pairam acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que se refere à responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza, que tornem os produtos impróprios ou inadequados ao uso a que se destinam ou lhes diminuam o valor (art. 18, CDC), bem como quanto a defeitos relativos à prestação dos serviços, referentes a informações insuficientes ou inadequadas sobre sua função e risco (art. 14, CDC).

Outra disposição da legislação consumerista, aplicável aos contratos eletrônicos, atinente ao dever de clareza e transparência, é a de informar o consumidor sobre o conteúdo do contrato a ser pactuado, assim como o de prestar informações precisas acerca dos produtos ou serviços postos à disposição do consumidor, obrigando, por conseguinte, o fornecedor que a fizer veicular (arts. 30 e 31, CDC).

Ressalte-se que é expressamente vedada a inserção de cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação do fornecedor de indenizar pelo dano causado ao consumidor quanto aos produtos ou serviços, de forma que, não sendo satisfeita essa regra, será declarada nula de pleno direito sua inclusão (art. 51, I, CDC), pois a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor (art. 24, CDC).

A questão mostra-se com extremada importância e maior complexidade, em se tratando dos contratos eletrônicos internacionais privados, no qual há uma enorme ressalva em se admitir a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, mas que, como veremos, há, por outro lado, grandes defensores que aos poucos levam consigo adeptos em aceitar sua aplicação como garantia da ordem pública.

5.2 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos internacionais privados

Nesses contratos, há uma forte resistência em não se aplicar a legislação consumerista, dadas as disposições esculpidas na Lei de Introdução ao Código Civil, que determina, nos contratos entre ausentes, o domicílio do proponente.

Nesse diapasão, encontra-se desprotegido o consumidor, algo primariamente inconcebível e inaceitável, uma vez que, interpretando-se sistematicamente as legislações pátrias, se chega à conclusão da perfeita e correta defesa do consumidor.

Cláudia Lima Marques salienta que

> [...] reconhece no Direito Internacional Privado brasileiro as denominadas 'normas de aplicação imediata', espécies das normas imperativas, que, perseguindo um resultado material de justiça do Direito Internacional Privado, aplicam-se aos casos pluriconectados de forma 'direta' antes mesmo da norma indireta, da norma de conflito que indicaria uma lei para regular materialmente o caso concreto (2000, p. 41).

Acresce ainda:

> Em matéria de contratos de consumo, há que se considerar que o Direito Internacional Privado brasileiro atualizou seus princípios, assim, tratando-se de direitos humanos reconhecidos como direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXII) e lei de origem constitucional (art. 48 do ADCT/CF), é bem possível que tais normas sejam consideradas 'imperativas', de ordem pública internacional, ou leis de aplicação imediata, aplicando-se, pois, neste último caso, mesmo antes das normas de Direito Internacional Privado (2000, p. 71).

Aliás, nas relações internacionais, o Brasil adotou o princípio da prevalência dos Direitos Humanos, ou Direitos Fundamentais, consoante estabelece o art. 4º, inciso II, da Constituição Federal. Hodiernamente, a defesa e a proteção do consumidor constituem direito fundamental.

Admitindo-se que as normas consumeristas são normas constitucionais de ordem pública, sua aplicabilidade é imediata e imperativa a todos os contratos envolvendo consumidor que negocia no Brasil, não sendo diferente nos contratos eletrônicos, cujo fornecedor possui sede no exterior, uma vez que, do contrário,

> [...] observar-se-ia, pois, uma forte incoerência do Direito Internacional Privado brasileiro, que, em vez de proteger o sujeito constitucionalmente identificado e seus direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, da CF/88), privilegiaria o fornecedor com sede no exterior (MARQUES, 2000, p. 67).

Outra interpretação que se pode dar, a fim de aplicar-se o Código de Defesa do Consumidor, situa em que, tendo a obrigação resultante do contrato a ser cumprida no Brasil, como na hipótese da entrega do bem ofertado, ou da prestação de serviço por uma empresa estrangeira, o foro competente para ajuizar eventual ação quanto ao inadimplemento é o brasileiro, conforme art. 88, II, do Código de Processo Civil: "É competente a autoridade judiciária brasileira quando [...] no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação [...]".

Nos termos do § 1º do art. 9º da LICC, tendo a obrigação de ser executada no Brasil, aplicar-se-á a lei de tal país, que, havendo uma relação de consumo na contratação, a legislação aplicável será a consumerista.

Exceção feita, no entanto, de livre escolha do consumidor, está em estipular como foro para processar e julgar a demanda o do fornecedor, conforme permite o art. 101, I, do CDC, ao dispor que "na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços [...], a ação pode ser proposta no domicílio do autor".

Assim, comprando o consumidor um determinado livro em algum destes diversos *sites* apresentados na internet, não havendo sua entrega, ou havendo, porém ocorrendo algum vício ou defeito, ou de edição não atualizada, ou entrega de livro diverso do pretendido, o foro competente será o brasileiro, bem como a lei aplicável será o Código de Defesa do Consumidor, ainda que o fornecedor possua sua sede no exterior, bastando tão somente para reger a obrigação o foro brasileiro. Ou poderá o consumidor abrir mão de seu direito e ingressar com a ação no domicílio do fornecedor, estando sujeito a suas normas legais.

Eis, portanto, fundamento suficiente para aplicação da legislação brasileira, mais específica, a de defesa e proteção do consumidor, apenas devendo se observar que a execução da sentença se dará no país estrangeiro, reunindo, para tanto, os requisitos previstos no art. 15 da LICC.

Portanto, o consumidor poderá adotar dois caminhos:

> Poderá mover uma eventual ação judicial no país sede da empresa, ou poderá processar no Brasil, pois está amparado pala Constituição Federal, Lei de Introdução ao Código Civil, por normas de caráter processual e principalmente pelo Código de Defesa do Consumidor [...].

Necessário que o consumidor tenha total conhecimento de com quem está contratando, ou seja, se o fornecedor com quem contrata é realmente idôneo e confiável, mais ainda, precisar qual o local onde se situa o estabelecimento empresarial. Fatores como estes podem reduzir sensivelmente problemas quanto à legislação de qual país aplicar, pois partimos, nesse item, da premissa de conhecimento da localidade do fornecedor.

5.3 Tendências internacionais

Por meio da Convenção de Bruxelas, a Comunidade Europeia se resguarda também no direito de amparar seus consumidores na contratação efetivada, sobrepondo-se ao direito nacional quando reconhecido o interesse internacional, estipulando como foro prevalente o do consumidor (WEHNER, 2001, p. 142-65).

Permite o art. 14, I, a opção do consumidor em intentar ação tanto no Estado em que estiver domiciliado, quanto nos tribunais do Estado do fornecedor. Diversamente, ao fornecedor opção não há senão a de ajuizar ação tão somente no Estado do domicílio do consumidor, sendo tal competência exclusiva, consoante o art. 14, II.

Há que preencher alguns pressupostos legais para que o consumidor tenha como foro competente o de seu domicílio. Dessa feita, deve-se ter um contrato de consumo, bem como tratar-se de uma venda a prazo de bens móveis (cifra 1 do art. 13), ou de operações de

crédito relacionadas com o financiamento da venda de bens (cifra 2), e que, conjuntamente, a celebração do contrato deve ter sido precedida, no Estado do domicílio do consumidor, de uma proposta dirigida, ou de algum anúncio publicitário (cifra 3, "a"), tendo o consumidor praticado neste Estado todo e qualquer ato imprescindível para a celebração do contrato (cifra 3, "b").

No caso do Mercosul, temos o Protocolo de Santa Maria, que permite ao consumidor demandar no Tribunal do Estado onde situar seu domicílio (art. 4°, I), ou, se preferir, intentar ação no tribunal do Estado onde deve ser adimplida a obrigação, ou no domicílio do fornecedor (art. 5°, II). O art. 6° ainda abre a possibilidade de o consumidor demandar no Estado onde o fornecedor possuir representação.

Em relação ao fornecedor estrangeiro, o Protocolo abre a possibilidade de ele ajuizar ação no domicílio do país do consumidor, de acordo com o art. 4°, II, o que, em princípio, pode parecer facultativo, mas, interpretando teleologicamente, o espírito do Protocolo não é esse, e, sim, o de atribuir exclusiva competência para demandar contra o consumidor unicamente no Estado de seu domicílio.

Igualmente à Convenção de Bruxelas, o Protocolo de Santa Maria requer a observância de determinados pressupostos para ter-se por estabelecido o foro do consumidor, dentre os quais, primeiramente, há que existir uma relação de consumo (art. 1°, I). Secundariamente, deve-se tratar de uma venda a prazo de bens móveis corpóreos (art. 1°, I, cifra 1), ou qualquer outra operação de crédito ligada ao financiamento na venda de bens (art. 1°, I, cifra 2). O terceiro pressuposto refere-se a que o consumidor tenha praticado em seu país de domicílio todos os atos necessários à conclusão do contrato (art. 1°, I, cifra 3). Um quarto pressuposto estabelece relação específica aos demais contratos que possuam como objeto a prestação de serviços ou o fornecimento de bens móveis corpóreos, exigindo, para tanto, que a negociação do contrato tenha sido antecedida de uma específica proposta ou de uma publicidade suficientemente precisa, no Estado do domicílio do consumidor (art. 1°, cifra 3) (WEHNER, 2001, p. 157).

Esse último pressuposto parece ser um grande empecilho para a total aplicação das regras apostas no Protocolo aos contratos eletrônicos, determinando por completo o foro do consumidor, haja vista ser impreciso determinar a proposta ou a publicidade do fornecedor dirigida unicamente ao domicílio do Estado do consumidor.

Uma última solução apresentada, para dar proteção ao consumidor, está em criar uma *lex electronica* para colmatar as lacunas existentes no comércio eletrônico, da mesma maneira como surgida a *lex mercatoria* no comércio internacional.

Podemos citar, como exemplos, a arbitragem internacional e os "códigos de conduta privados"; dentre os quais, o "*Web Trader Code*" ou "*Standard*" de origem norte-americana desenvolvida pelo "*Council for Internet Commerce*"; o "*Web Trader Code*" da Comissão Europeia, a *Confédération de la Consommation du Logement et du Cadre de Vie*.

6 Considerações finais

Diante do exposto, o Direito brasileiro possui meios jurídicos hábeis a solucionar eventuais litígios surgidos, claro que de certo modo limitado, mas que, interpretando-o como um todo, as partes contratantes estarão, sim, de alguma forma protegidas.

Em face das soluções apresentadas, o resultado evidenciado certamente colocará o consumidor em igualdade de condições na contratação empreendida com o fornecedor, tenha ele sede ou não mercantil no Brasil, levando a crer que a interpretação mais adequada é a de se admitir a aplicação do foro e da legislação consumerista ao caso vertente.

Enquanto não houver regras claras e específicas a respeito da contratação eletrônica, possuímos normas imperiosas que atribuem eficácia às contratações à distância, necessitando para sua aplicabilidade, interpretação extensiva e teleológica do ordenamento jurídico.

Exige-se um pouco mais de sensibilidade e espírito aberto para solucionar tal problema, utilizando-se do ordenamento jurídico que possuímos, ou seja, adequando-o aos contratos eletrônicos ante a ausência de lei geral expressa a respeito, protegendo aqueles que, com muita frequência, efetuam transações na *web*.

Curvamo-nos, pois, fielmente, às posições que defendem a edição de leis próprias acerca do contrato eletrônico; todavia, mediante edição de leis gerais, dando tratamento amplo ao comércio eletrônico e não somente ao contrato eletrônico, já que tais leis específicas cairiam facilmente em desuso, em decorrência do Direito não acompanhar na mesma velocidade a evolução tecnológica.

Referências bibliográficas

ABRUSIO, Juliana Canha. *Categorias do comércio eletrônico*. Disponível em: <>. Acesso em: 26 set. 2003.

AZAR, María José. El consentimiento en la contratación de consumo por internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, nº 42, abr./jun. 2002.

DE LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: DE LUCCA, Newton. *Direito & internet* - aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Edipro, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

FRONTINI, Paulo Salvador. Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? Rol e função à vista de sua crescente desmaterialização. *Revista dos Tribunais,* São Paulo: Ed. RT, v. 730, p. 50-67, ago. 1996.

GLANZ, Semy. Internet e contrato eletrônico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 757, p. 70-75, nov. 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, cyberlaw y e-commerce. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 36, out./dez. 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. Diretos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 35, jul./set. 2000.

OPICE BLUM, Renato M. S.; PAES DE ALMEIDA, Rafael Augusto. *Contratos eletrônicos internacionais*. Disponível em: <http://www.ibpbrasil.com.br/news/itelecom.htm> ou <>. Acesso em: 18 set. 2003.

PEIXOTO, Rodney de Castro. *O comércio eletrônico e os contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Manoel J. dos Santos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico - contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 36, out./dez. 2000.

ROBERTO SOBRINHO, Waldo Augusto. Algunas de las nuevas responsabilidades legales derivads de internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, nº 38, abr./jun. 2001.

RODRIGUES, Carlos Alexandre. Da desnecessidade de assinatura para a validade do contrato efetivado via internet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 784, p. 83-95, fev. 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 1, 1998.

WEHNER, Ulrich. Contratos internacionais: proteção processual do consumidor, integração econômica e internet. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 38, abr./jun. 2001.

...

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS
CORTE SUPERIOR

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei orgânica municipal - Previsão de infração político-administrativa - Correspondência com a Constituição Estadual - Princípio da simetria - Não observância - Procedência do pedido

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei orgânica municipal. Previsão de infração político-administrativa que não encontra correspondência na Constituição do Estado. Violação do princípio da simetria com o centro. Pedido julgado procedente.

- Por violar o princípio da simetria com o centro, é inconstitucional norma de lei orgânica municipal que, ao tratar de matéria também prevista na Constituição do Estado, prevê como infração político-administrativa do Prefeito a prática de conduta que não é considerada, pela Carta Estadual, como sendo infração político-administrativa do Governador.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.08.472985-4/000 - Comarca de São Lourenço/MG - Requerente: Prefeito do Município de São Lourenço/MG - Requerida: Câmara Municipal de São Lourenço - Relator: DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de março de 2009. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela requerida, o Dr. Heitor Serafim Mayer.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - O Prefeito Municipal de São Lourenço propôs ação direta de inconstitucionalidade, visando à declaração do art. 78, X, da Lei Orgânica do Município, que prevê que é infração político-administrativa do Chefe do Executivo, sujeita a julgamento pela Câmara de Vereadores com a cassação do mandato, o fato de o alcaide ausentar-se do Município ou afastar-se da Prefeitura por tempo superior a quinze dias, sem autorização da Edilidade.

Alega o requerente que esse dispositivo legal é inconstitucional, porque, ao estabelecer a vedação de afastamento da Prefeitura como sendo infração político-administrativa, dispõe de forma diversa do previsto na Constituição Estadual para o Governador do Estado, violando, assim, o princípio da simetria com o centro.

Diz que foram violados os artigos 13, *caput*, 89, *caput*, e 169, *caput*, todos da Constituição Estadual.

A inicial veio acompanhada de documentos (f. 8/69).

Indeferi a liminar (f. 82/83).

Foi formulado pedido de reconsideração (f. 86/87), que restou indeferido (f. 89/90).

A Câmara Municipal manifestou-se, requerendo, ao final, seja julgada improcedente a representação (f. 95/146).

A d. Procuradoria de Justiça concluiu pela procedência do pedido (f. 151/157).

Decido.

A norma objeto da presente representação assim dispõe:

> Art. 78. São infrações político-administrativas do Prefeito, sujeitas ao julgamento pela Câmara de Vereadores, sem autorização da Câmara:
> [...]
> X - ausentar-se do Município ou afastar-se da Prefeitura por tempo superior a quinze dias, sem autorização da Câmara.

Bate-se o requerente contra a inclusão, no citado inciso X, da previsão "afastar-se da Prefeitura".

Segundo diz o requerente, o artigo da Constituição do Estado de Minas Gerais, que trata da mesma matéria, com relação ao Governador, prevê que o Chefe do Executivo estadual não poderá, sem autorização da Assembleia Legislativa, apenas se ausentar do Estado.

De fato, o art. 89, *caput*, da Constituição Estadual, prevê que o Governador residirá na Capital do Estado e que não poderá, sem autorização da Assembleia, apenas "ausentar-se do Estado", por mais de 15 dias, sob pena de perder o cargo.

Conquanto o parâmetro de inconstitucionalidade de norma municipal seja apenas a Constituição Estadual, vale registrar que o art. 83 da Constituição Federal contém a mesma previsão com relação ao Presidente da República.

Desse modo, é possível verificar que nem a Constituição Federal nem a Estadual preveem como sendo dever do Presidente da República e do Governador do Estado pedir autorização para se afastar do Palácio do Planalto ou do Palácio do Governo.

Essa autorização somente se faz necessária, tanto na órbita federal como na esfera estadual, quando os

Chefes dos Executivos Federal e Estadual vão se ausentar do País ou do Estado, respectivamente.

Ora, o art. 172 da Constituição Mineira prevê que "a Lei Orgânica pela qual se regerá o Município será votada e promulgada pela Câmara Municipal e observará os princípios da Constituição da República e os desta Constituição".

A par disso, o parágrafo único do art. 170 preceitua que o Município, quando do exercício de sua competência privativa para elaboração da lei orgânica, deverá observar a norma geral respectiva, federal ou estadual.

Tais dispositivos, em suma, traduzem a aplicação do conhecido princípio da simetria com o centro, ao qual deve obediência o Município.

No caso, como se pode perceber, esse princípio está sendo violado pela norma acoimada de inconstitucional, no ponto em que prevê, como infração político-administrativa, o afastamento da Prefeitura, sem prévia autorização.

Afinal, com essa previsão, a lei orgânica do Município está criando o dever para o Chefe do Executivo municipal não previsto para os Chefes dos Executivos Federal e Estadual.

A propósito da questão, assim se manifestou o Procurador em seu parecer de f. 151/157:

> Ora, analisando-se as disposições dos artigos 83 e 89 das Constituições Federal e Estadual, respectivamente, percebe-se que a norma municipal ora atacada não possui simetria com as mesmas, uma vez que o Presidente da República e o Governador do Estado somente necessitam de autorização legislativa para ausentar-se do país ou do estado quando se tratar de período superior a quinze dias, nada dispondo sobre o afastamento do Palácio do Planalto ou do Palácio do Governo.

Mais adiante, assim sustenta o Procurador:

> [...] à medida que a LOM de São Lourenço impõe nova infração político-administrativa para cassação do mandato do Prefeito, qual seja afastar-se da Prefeitura, malfere, às escâncaras, o princípio da simetria com o centro, por extrapolar os limites estipulados pelas Constituições da República e do Estado de Minas Gerais.

Diante disso tudo, forçoso reconhecer que a norma do art. 78, inciso X, da Lei Orgânica do Município de São Lourenço é inconstitucional no ponto em que prevê, como infração político-administrativa, o afastamento do Chefe do Executivo da Prefeitura, sem prévia autorização.

Por força dessas razões, julgo procedente a representação para suprimir a expressão "ou afastar-se da Prefeitura" do inciso X do art. 78 da Lei Orgânica do Município de São Lourenço.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo.

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Compulsando detidamente os autos desta ação direta de inconstitucionalidade, verifico que, realmente, a Câmara Municipal de São Lourenço, ao prever no inciso X, art. 78, da Lei Orgânica do Município, que dispõe sobre infração político-administrativa do Prefeito, tendo acrescentado, como hipótese de sua ocorrência, o afastamento da Prefeitura, configurou, por consequência, flagrante violação ao princípio da simetria com o centro, diante da incongruência com as Cartas Magnas, tanto estadual quanto federal, as quais dispõem que a infração se dará tão somente quando o Chefe do Executivo do Ente Federativo "ausentar-se" por tempo superior a 15 (quinze) dias, sem prévia autorização.

Com essas singelas considerações, presto minha inteira adesão ao voto que acaba de proferir o eminente Des. Relator para também julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, nos termos expendidos por S. Exa.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES: JARBAS LADEIRA, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, WANDER MAROTTA, GERALDO AUGUSTO, CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, ERNANE FIDÉLIS, ALVIMAR DE ÁVILA, ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, CLÁUDIO COSTA, RONEY OLIVEIRA, REYNALDO XIMENES CARNEIRO, HERCULANO RODRIGUES, CARREIRA MACHADO, ALMEIDA MELO, CÉLIO CÉSAR PADUANI, JANE SILVA, NEPOMUCENO SILVA, MANUEL SARAMAGO e SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO.

...

Servidão de passagem - Perdas e danos - Cumulação de ações - Turbação - Inexistência - Mera comodidade - Improcedência

Ementa: Possessória. Servidão de passagem. Mera comodidade. Improcedência.

- É cediço que a servidão de passagem pressupõe a existência de prédio encravado e não pode ser instituída visando à mera comodidade, pressupondo, sim, uma necessidade.

- A decisão judicial deve-se ater ao pedido formulado pelo autor, em sua petição inicial, especificamente nos limites traçados pela contestação, nos exatos termos da controvérsia estabelecida nas referidas peças processuais, sem mais nem menos.

Agravo retido provido em parte, primeiro recurso provido e segundo recurso julgado prejudicado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0386.05.001741-0/001 - Comarca de Lima Duarte - Apelantes: 1º) Evandro Luiz de Almeida, 2os) Sidney Hiron Campos e sua mulher Ernestina Maria Campos - Apelados: Evandro Luiz de Almeida, Sidney Hiron Campos - Relator: DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO AGRAVO RETIDO, DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E JULGAR PREJUDICADO O SEGUNDO APELO.

Belo Horizonte, 3 de fevereiro de 2009. - *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo primeiro apelante, o Dr. Augusto Tolentino P. Medeiros.

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Evandro Luiz de Almeida Sidney e Hiron Campos e s/ mulher Ernestina Maria Campos contra decisão do Juiz da Vara Única da Comarca de Lima Duarte, que julgou parcialmente procedente a ação possessória de servidão de passagem c/c perdas e danos, condenando o réu em 70% das custas processuais, e os autores, em 30%, honorários para os procuradores dos réus, fixados em R$ 700,00 (setecentos reais), e, para os procuradores dos autores, em R$ 1.100,00 (mil cem reais), suspendendo a exigibilidade quanto aos autores, nos termos da Lei 1.060/50.

Primeiro apelo - Evandro Luiz de Almeida.

Pleiteia o apelante inicialmente a apreciação do agravo retido de f. 175/177.

Alega que restou comprovado nos autos que o imóvel dos apelados não se encontra encravado, possuindo outros acessos, afigurando sua pretensão como mera comodidade, e, ainda, que a construção de uma estrada por seu imóvel não seria o mais viável, além de ser uma irregularidade ambiental.

Sustenta a aplicação do art. 1.285 do CC/2002, com fixação de indenização para ceder a passagem.

Segundo apelo - Sidney Hiron Campos e sua mulher Ernestina Maria Campos.

A irresignação dos apelantes é com a determinação de que a estrada deva ser asfaltada, alegando ser desnecessário por ser a mesma de "chão batido".

É o relatório. Decido.

Primeiro apelo.

Analiso, inicialmente, o agravo retido interposto pelo primeiro apelante às f. 175/177, uma vez que requerida sua apreciação, em razões de apelo.

Insurge-se o agravante contra a decisão do MM. Juiz *a quo*, que rejeitou preliminar de inépcia da inicial e fixou o prazo de 30 (trinta) dias para a utilização da passagem pelos autores/apelados.

A inépcia da inicial é afastada se os fatos jurídicos relatados pelo autor, nos quais fundamenta sua pretensão, afiguram-se, teoricamente, como circunstâncias capazes de justificar o pedido levado a efeito perante o órgão julgador, não havendo óbice de, ao final, se considerar improcedente a ação, na hipótese de não serem comprovadas suas assertivas durante a fase instrutória.

No tocante às renovações dos prazos para a utilização da passagem, concedidas pelo MM. Juiz da causa ao autor/agravado, merecem acolhida suas alegações, pois a renovação de sua concessão tumultua o processo, haja vista que o pedido de liminar foi fundamentadamente indeferido às f. 60/63, não tendo havido qualquer recurso por parte do apelado.

Ademais, a concessão reiterada dos referidos prazos mostra-se incoerente com o indeferimento da liminar, pois a negativa revela que o apelado não demonstrou, de forma inequívoca, a presença dos requisitos exigidos pela

lei procedimental, ou, ainda, que tenha ficado caracterizado o abuso de direito de defesa do réu ou o seu manifesto propósito protelatório.

Portanto, os prazos, como concedidos, desvirtuaram o instituto da liminar, por serem eles totalmente incompatíveis.

Ou o magistrado encontra, nos autos e nas provas a eles carreadas, elementos para a concessão da liminar pleiteada ou a indefere, como feito pelo Magistrado *a quo*, que, prudentemente, realizou inspeção judicial, antes de tomar sua decisão.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao agravo retido, para vedar as concessões temporárias de prazos ao agravado, para utilização da passagem.

Mérito.

Examino em conjunto os apelos, em face da natureza e similitude das matérias.

Em leitura detida dos autos, verifico que, *data venia*, não obrou acerto o Sentenciante monocrático, estando o *decisum*, a meu ver, a merecer reforma.

Pleitearam os apelados a restituição de servidão de passagem existente na propriedade do apelante que dá acesso à BR 267, sob a alegação de ser o caminho o único meio de chegar à sua propriedade.

No entanto, tal assertiva, a nosso entender, restou afastada pela própria evolução do processo, a começar pela realização da inspeção judicial, f. 57/58, oportunidade em que o Magistrado esteve no local, analisando *de visu* a situação e as circunstâncias da pendenga, culminando por indeferir a liminar pleiteada, através do despacho de f. 60/63, decisão esta que não mereceu qualquer retoque por parte dos autores, ora segundos apelantes.

Pois bem, é cediço que a servidão de passagem pressupõe a existência de prédio encravado e não pode ser instituída visando à mera comodidade do proprietário, nela interessado, pressupondo, sim, uma necessidade, não podendo ela ser instituída com o fim exclusivo de satisfazer seu interesse pessoal.

O que se vê nos autos é que a área sobre a qual os apelantes pretendem ver assegurada a passagem não constitui a única saída ou entrada do imóvel, existindo, sim, outras duas, conforme se pode verificar pelos depoimentos de f. 395 e 397.

Dessa forma, não há como considerar turbação o fechamento da passagem realizada pelo primeiro apelante em sua propriedade, pois, se assim o fez, exerceu o seu direito, tanto de proprietário, como também de proteção à sua posse, já que se tratava de mera tolerância de sua parte o uso da passagem pelos apelados, fato constatado tanto na inspeção judicial, como também pelos depoimentos das testemunhas de f. 421/426.

A jurisprudência é clara nesse sentido:

> A servidão deflui da necessidade de passagem, e não da comodidade do seu usuário, constituindo mera tolerância de passagem se existe outra forma de acesso ao imóvel (TAMG - Apelação Cível nº 500.005-5 - Rel. Des. Elias Camilo - j. em 1º.09.2005).

Desnecessária qualquer outra manifestação em relação à decisão objurgada, visto que entendo que o provimento da apelação do réu devolverá a situação ao *statu quo*, nada havendo a ser observado quanto à obrigação do asfaltamento da estrada a ser construída, que, inclusive, não constou do pedido inicial.

Pelo exposto, dou provimento ao primeiro apelo, para julgar improcedente o pedido inicial, invertendo o ônus sucumbencial, restando prejudicado o segundo apelo.

Custas, pelos apelados, com observância da justiça gratuita.

DES. PEREIRA DA SILVA - De acordo.

DES. CABRAL DA SILVA - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO AGRAVO RETIDO, DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E JULGARAM PREJUDICADO O SEGUNDO APELO.

...

Agravo de instrumento - Recurso inadequado - Interposição reiteradas vezes - Princípio da fungibilidade - Impossibilidade - Má-fé - Configuração

Ementa: Agravo de instrumento. Recurso inadequado interposto reiteradas vezes. Princípio da fungibilidade. Impossibilidade. Má-fé configurada.

- Conforme os ensinamentos de Barbosa Moreira, quem quiser recorrer, "há de usar a figura recursal apontada pela lei para o caso; não podendo substituí-la por figura diversa".

- Agindo os agravantes com nítido intuito de tumultuar o processo, provocando incidentes manifestamente infundados, resta configurada a litigância de má-fé.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0079.02.002107-1/003 - Comarca de Contagem - Agravantes: José Florisvaldo Valério e sua mulher - Agravados: Vítor Márcio Prado e sua mulher - Relatora: DES.ª ELECTRA BENEVIDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, DE OFÍCIO, NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO E APLICAR A PENA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, VENCIDO PARCIALMENTE O SEGUNDO VOGAL QUANTO À EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2009. - *Electra Benevides* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ELECTRA BENEVIDES (Convocada) - Trata-se, pela terceira vez, de interposição equivocada de agravo de instrumento com pedido liminar aviado por José Florisvaldo Valério e seu cônjuge contra decisão que negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento utilizado para combater agravo de instrumento interposto erroneamente para impugnar decisão monocrática que negou seguimento ao recurso, nos termos do art. 557 do CPC.

Ao final, requer, mais uma vez, de forma equivocada, seja atribuído efeito suspensivo ao recurso. No mérito, requer a anulação de todo o feito em curso na primeira instância.

Em síntese, é o relatório.

Apenas para facilitar a compreensão do caso sob comento, far-se-á uma pequena digressão pelos autos.

Extrai-se dos autos que o recorrente interpôs recurso de apelação visando atacar a decisão de f. 146-TJ, na qual o Magistrado *a quo* declarou liquidado em R$ 30.000,00 (trinta mil reais) o valor das benfeitorias a serem indenizadas aos réus, devidamente corrigido pelos índices fornecidos pela Corregedoria-Geral de Justiça/MG.

O Magistrado monocrático deixou de receber a apelação interposta sob os argumentos de que não se tratava do recurso adequado e invocou o art. 475-H do CPC (f. 13-TJ).

Ato contínuo, em 29 de agosto de 2008, foi interposto agravo de instrumento com pedido liminar aviado em face da decisão que deixou "[...] de receber a apelação interposta pela parte ré, por não ser o recurso adequado, conforme o art. 475-H do CPC" (f. 13-TJ).

Entendendo esta Relatora não ser o recurso adequado para combater dita decisão e não ser possível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, foi negado seguimento ao recurso (f. 181/183).

Inconformado com a decisão em referência, o nobre advogado, ao invés de interpor agravo interno, também conhecido como agravo regimental, interpôs novo recurso de agravo de instrumento, vindo esta Relatora a negar seguimento de plano ao recurso, pela sua manifesta inadequação (f. 303/305).

Persistindo seu inconformismo, o insistente e equivocado causídico, interpôs - acreditem - mais um agravo de instrumento com o intuito de combater decisão que, monocraticamente, negou seguimento ao agravo de instrumento pela sua notória impropriedade (f. 441/443).

Esse foi o tumultuado percurso do processo até o momento em que, inacreditavelmente, foi interposto mais um agravo de instrumento contra outra decisão monocrática, em que é requerida a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, a anulação do feito em tramitação no primeiro grau de jurisdição.

Mais uma vez, o recurso não merece ser conhecido, tendo em vista que não obedece ao pressuposto da adequação. Veja-se.

Conforme é sabido, existe um recurso adequado oponível contra cada espécie de decisão. Afirma-se, assim, que o recurso é cabível, próprio e adequado quando for idêntico ao legalmente previsto para o tipo de decisão impugnada.

Para Barbosa Moreira, quem quiser recorrer, "há de usar a figura recursal apontada pela lei para o caso; não podendo substituí-la por figura diversa" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2003).

No presente feito, verifico, novamente, a ocorrência de erro grosseiro na escolha da via recursal, uma vez que inexiste qualquer dúvida quanto ao recurso cabível, pois este se encontra expresso no art. 557, § 1°, do CPC, qual seja agravo inominado.

> Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.
> § 1°-A [...]
> § 1° Da decisão caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

Não age diferente o Superior Tribunal de Justiça, como se vê do acórdão abaixo:

> Recurso especial. Processual civil. Ausência de prequestionamento. Ausência de demonstração do dissídio. Princípio da fungibilidade. Não aplicabilidade. Ocorrência de erro grosseiro.
> 1. Impõe-se o não conhecimento pela alínea a, porquanto o Tribunal de origem não analisou a questão à luz dos arts. 184 e 241, inciso II, do CPC, reputados como violados pelo recorrente. Ausente o necessário prequestionamento. Incidência da Súmula 211 do STJ.
> 2. Tampouco pode ser conhecido o presente recurso pela alínea c do permissivo constitucional, pois o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, nem apresentou, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, deixou de demonstrar as circunstâncias

identificadoras da discordância entre o caso confrontado e o aresto-paradigma.
3. Ainda que assim não fosse, por ser interlocutória a decisão que julga procedente o pedido de exceção de incompetência - que é um incidente processual -, o recurso cabível ao caso é o agravo de instrumento. Assim, tendo em vista que o recurso interposto foi a apelação, trata-se de erro grosseiro, o que exclui a aplicação da fungibilidade. Recurso especial não conhecido (REsp nº 625.993/MG - 2ª Turma do STJ - Rel. Min. Humberto Martins - j. em 12.12.2006).

Logo, não cabendo nenhum provimento retificador, poderá a parte vencida, se quiser, deduzir seu inconformismo por outra via, se entender que houve má apreciação do fato ou do direito.

Ora, resulta certo, portanto, que os agravantes agem com nítido intuito de tumultuar o processo, provocando incidentes manifestamente infundados, o que caracteriza manifesta litigância de má-fé.

Por esses fundamentos, nego seguimento ao presente agravo de instrumento.

E mais: revogo o benefício outrora deferido aos agravantes, de litigarem sob o pálio da assistência judiciária, e, pela litigância de má-fé acima reconhecida, com fundamento no art. 18 do CPC, imponho-lhes a multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Custas, pelos agravantes.

Oficie-se à Ordem dos Advogados do Brasil, seção Minas Gerais, remetendo-se cópia desta decisão, a fim de que adote as providências que julgar convenientes ao caso.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo com a eminente Relatora. De acordo com o envio de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil.

DES. ANTÔNIO BISPO - Estou de acordo em negar seguimento, mas tenho ressalva com relação a esse ofício à Ordem dos Advogados, que não estou de acordo.

Súmula - DE OFÍCIO, NEGARAM SEGUIMENTO AO RECURSO E APLICARAM A PENA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, VENCIDO PARCIALMENTE O SEGUNDO VOGAL QUANTO À EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

...

Ação de cobrança - Cédula de produto rural - Cessão de direito - Aval - Garantia por contrato de seguro - Banco avalista - Compromisso honrado - Indenização securitária paga - Seguradora - Sub-rogação

Ementa: Ação de cobrança. Cédula de produto rural. Cessão de direito. Aval garantido por contrato de seguro. Compromisso honrado pelo banco avalista. Indenização securitária paga. Seguradora. Sub-rogação.

- A seguradora que efetua o pagamento da cobertura securitária relativa a débito oriundo de cédula de produto rural sub-roga-se nos direitos e ações que competirem ao banco segurado, cedente/avalista, que honrou a dívida, consoante dispõe o art. 786 do Código Civil/2002.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0144.04.004299-2/001 - Comarca de Carmo do Rio Claro - Apelantes: 1º) Luiz Gonzaga Francisco - 2º) Cia. de Seguros Aliança Brasil - Apelados: Luiz Gonzaga Francisco, Cia. de Seguros Aliança Brasil - Relator: DES. LUCAS PEREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2009. - *Lucas Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCAS PEREIRA - Trata-se de apelação contra a sentença do MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Carmo do Rio Claro, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de indenização movida por Cia. de Seguros Aliança Brasil, em desfavor de Luiz Gonzaga Francisco.

Noticia a exordial que o réu emitiu em favor do Banco do Brasil S.A. uma cédula de produto rural, devendo pagar a importância de R$ 24.704,40 (vinte e quatro mil, setecentos e quatro reais e quarenta centavos) e, para garantir a operação, ofereceu em penhor 1.796 (mil setecentas e noventa e seis) sacas de 60 quilos líquidos cada de milho em grãos, safra 2002/2003. Relata que o Banco do Brasil cedeu os direitos dessa cédula ao BB Banco de Investimento S.A, permanecendo na relação jurídica na condição de avalista e, por essa razão, celebrou contrato de seguro com a autora, visando à garantia de honra do aval. Disse que, em face do inadimplemento do requerido, o Banco do Brasil pagou ao avalizado e recebeu da seguradora o referido valor, havendo esta se sub-rogado nos direitos do Banco do Brasil, razão pela qual ajuizou a presente demanda, para se ressarcir do montante pago.

Devidamente citado, o réu apresentou contestação (f. 54/56), aduzindo a preliminar de extinção do processo, porquanto a autora deveria ter-se valido do rito sumário. No mérito, alega que firmou uma cédula de

produto rural e não honrou o pagamento. Afirma, todavia, que a requerente teria pago 1.700 (mil e setecentas) sacas e não 1.796 (mil setecentas e noventa e seis). Pugna pela improcedência dos pedidos.

Às f. 112/115, foi proferida a sentença pelo douto Julgador primevo, o qual rejeitou a preliminar e julgou procedente o pedido inicial, condenando o réu a pagar à autora a quantia de R$ 24.704,40 (vinte e quatro mil, setecentos e quatro reais e quarenta centavos), corrigida monetariamente pelos índices da CGJ, a partir da data do desembolso (02.04.2004) e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação. Condenou, ainda, o réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Embargos de declaração de f. 120/121, rejeitados à f. 127.

O requerido interpôs o recurso de apelação às f. 116/119, arguindo, preliminarmente, que a requerente deveria ter-se valido do rito sumário. No mérito, alega que a autora está pleiteando o recebimento de 96 (noventa e seis) sacas de milho a mais, conforme se pode depreender do documento de f. 44. Pugna, ainda, pela concessão dos benefícios da justiça gratuita.

A autora também interpôs recurso de apelação (f. 129/131), alegando que os juros de mora devem incidir desde o evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Contrarrazões às f. 134/147 e 151/153, em que a autora e o réu, respectivamente, pautaram-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Ressalto, de início, que a Lei nº 1.060/50 estabelece que, para fazer jus aos benefícios da justiça gratuita, basta ao interessado declarar-se pobre e sem condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de seu sustento e da própria família, havendo presunção de veracidade em tal alegação. Assim, diante do teor da declaração de f. 123/124, defiro o pedido de justiça gratuita formulado pelo réu, tão somente para fins de processamento do recurso.

Conheço dos recursos, porque próprios, tempestivos, estando isenta de preparo a primeira apelação, em face do deferimento da gratuidade judiciária ao requerido, e devidamente preparado o segundo apelo.

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.

Inicialmente, cumpre-me a análise da preliminar arguida pelo réu, em suas razões recursais, no sentido de que a requerente deveria ter-se valido do rito sumário.

Entretanto, tenho que razão não lhe assiste.

Isso porque, na hipótese dos autos, a seguradora visa a ressarcir-se do valor pago, por se sub-rogar nos direitos do avalista segurado contra o tomador do empréstimo inadimplente, não se enquadrando, pois, na hipótese prevista no disposto no art. 275, II, e, a saber: "cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução".

Ademais, ainda que houvesse previsão legal para adoção do rito sumário, o que não ocorre no caso dos autos, não há nulidade na adoção do rito ordinário em substituição ao sumário, desde que não haja prejuízos para a defesa, fazendo-se necessário ressaltar que o procedimento ordinário é mais amplo e propicia maior dilação probatória em benefício de ambos os litigantes, conferindo maior efetividade ao princípio do contraditório. Nesse prisma:

> Civil e processual. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Acórdão estadual. Fundamentação suficiente. Alteração de rito sumário pelo ordinário. Possibilidade. Juntada de documentos. Adiamento de audiência. Presença do advogado da ré. Cerceamento de defesa não configurado. Nulidade não suscitada oportunamente. Fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula nº 7-STJ.
> [...]
> II. Possível a alteração do rito sumário pelo ordinário, que possui ampla fase cognitiva, não identificado prejuízo para a defesa. [...] (STJ, 4ª Turma, REsp 413152/PE, Recurso Especial, 2002/0015702-3, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, *DJ* de 12.11.07, p. 217).

> Processual Civil. Agravo no recurso especial. Ação indenizatória. Acidente de trânsito. Procedimento. Adoção do rito ordinário ao invés do sumário. Possibilidade. Precedentes.
> - A jurisprudência do STJ acolhe entendimento no sentido de que, inexistindo prejuízo para a parte adversa, admissível é a conversão do rito sumário para o ordinário.
> - Não há nulidade na adoção do rito ordinário ao invés do sumário, salvo se demonstrado prejuízo, notadamente porque o ordinário é mais amplo do que o sumário e propicia maior dilação probatória.
> Agravo não provido (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 918888-SP, Agravo Regimental no Recurso Especial, 2007/0013955-3, Relatora Ministra Nancy Andrighi, *DJ* de 01.08.07, p. 487).

Diante do exposto, rejeito a preliminar.

Esclareça-se que o requerido celebrou contrato de cédula de produto rural com o Banco do Brasil, comprometendo-se a pagar a quantia de R$ 24.704,40 (vinte e quatro mil setecentos e quatro reais e quarenta centavos) em 28.11.03, dando em garantia 1.796 (mil setecentas e noventa e seis) sacas de 60 quilos líquidos cada de milho em grãos, safra 2002/2003. (f. 28/30)

Por sua vez, o Banco do Brasil cedeu os direitos da cédula de produto rural à BB Banco de Investimento S.A., ficando como avalista e, para garantir o cumprimento da obrigação de entrega das sacas de milho ou do valor correspondente, o Banco do Brasil celebrou contrato de seguro com a autora (f. 31/43).

Como o requerido não honrou seu compromisso de entregar a safra ou o valor correspondente, conforme

a cédula de produto rural, o Banco do Brasil pagou ao avalizado BB Banco Investimento S.A. o valor de R$ 24.704,40 (vinte e quatro mil setecentos e quatro reais e quarenta centavos) (f. 44), recebendo, por sua vez, o referido valor da autora em razão do seguro contratado (f. 45).

Assim, através da presente demanda, a autora pretende ressarcir-se do valor que pagou à segurada avalista, por força do contrato de seguro firmado entre as mesmas, sub-rogando-se no direito de crédito contra o tomador do empréstimo inadimplente, ora requerido.

Dessa maneira, a seguradora, ora autora, pretende exercer o seu direito de regresso contra o réu.

Conforme a lição de Ovídio A. Baptista da Silva:

> O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, no julgamento do AgIn 186.014.1563, considerou ser titular do direito de regresso aquele que, por lei ou por contrato, 'adimpliu uma obrigação e pode voltar-se contra terceiro, para deste receber, no todo ou em parte, o valor prestado'. O simples poder voltar-se contra o terceiro para haver deste o valor que prestara ainda não é pressuposto suficiente para caracterizar a ação de regresso. O decisivo é haver uma posição de sub-rogação nos direitos do credor, por parte de quem deva prestar, em nome do devedor, por força de lei ou contrato (*Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 344/345).

Com efeito, decorre da lei a sub-rogação da seguradora nos direitos da instituição financeira segurada, nos termos do disposto no art. 786 do CC/2002, *in verbis*:

> Art. 786 - Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

Ademais, a seguradora que, por força do contrato de seguro, arca com o pagamento da dívida, pela qual a segurada estava obrigada, em face do aval firmado e da inadimplência do avalizado, é considerada terceira interessada, nos termos do art. 346, III, do CC/02, sub-rogando-se nos direitos da segurada:

> Art. 346 - A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor de:
> [...]
> III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

Desse modo, trata-se de sub-rogação legal, em que se dá a substituição, *ipso iure*, nos direitos creditórios, permanecendo os direitos do credor originário em favor do novo credor.

Assim, restando incontroverso nos autos que o requerido efetivamente tornou-se inadimplente, descumprindo sua obrigação referente à cédula de produto rural, bem como havendo o avalista Banco do Brasil acionado a seguradora, ora autora que, obrigada a uma condição, tendo esta ocorrido, cumpriu seu dever e efetuou o pagamento, esta sub-roga-se nos direitos do crédito, devendo ser ressarcida pelo requerido.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Monitória. Sub-rogação. Dívida de valor. Atualização monetária. Juros moratórios. Abatimento. Assistência judiciária gratuita - O terceiro que efetua o pagamento de débito oriundo de cédula rural pignoratícia sub-roga-se no crédito, passando a ser credor de dívida de valor, a ser corrigido monetariamente pelos índices legais, rejeitada a pretensão de ser aplicado o critério de atualização pelo valor do produto, seja porque inovação na lide, seja porque inocorrente pacto que autorize sua incidência [...] (TJRS - 17ª C. Cív. - APC 70001397611 - Rel.ª Des.ª Elaine Harzheim Macedo - j. em 05.09.00).

> Ação de cobrança. Seguradora. Pagamento por sub-rogação. Analisando os autos não restam dúvidas de que no presente caso ocorreu a sub-rogação legal, pois o contrato de seguro firmado entre o Banco do Brasil S/A e a apelada tornou a seguradora titular de obrigação potencial de saldar a cédula de produto rural emitida pelo réu em favor do banco, em caso de inadimplemento do título de crédito em comento. Assim, tendo o apelante descumprido sua obrigação e o banco acionado a apelada, que obrigada a uma condição, tendo esta ocorrido, cumpriu seu dever e efetuou o pagamento, sub-rogou-se nos direitos do crédito, devendo ser ressarcida (TAMG, 4ª C. Cível, Apelação Cível nº 458.511-3, Relator Juiz Domingos Coelho, j. em 02.02.05).

> Civil. Apelação. Cobrança. Ressarcimento de valor pago em liquidação de sinistro. Cédula de produto rural. Cessão de direito com aval. CPR garantida por seguro celebrado pelo avalista. Inadimplência do emitente. Compromisso honrado pelo avalista. Indenização securitária paga. Direito de regresso da seguradora. Existência. Encargos. Abusividade e ilicitude. Inocorrência. Indébito a compensar. Inexistência. A seguradora, nos limites do valor do contrato, sub-roga-se nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano, pelo que efetivamente pagou, a teor da Súmula 188/STF. Inexistindo abusividade no contrato de cédula de produto rural não há se falar em repetição de indébito, e o emitente inadimplente deve ressarcir à seguradora o valor da indenização pago ao cedente/avalista do título em favor do cessionário (TJMG, 17ª C. Cível, Ap. Cível nº 506.715-0, Relatora Des.ª Márcia De Paoli Balbino, j. em 23.06.05).

Assim sendo, não tendo o requerido cumprido com sua obrigação assumida por força da cédula de produto rural, ensejando o pagamento da quantia equivalente pelo Banco, então avalista, e consequentemente pela seguradora autora que, ao cobrir o prejuízo, se sub-rogou de pleno direito no crédito, não pode mais uma vez o requerido furtar-se de sua obrigação.

Quanto ao valor pretendido pela autora, tenho que o documento de f. 44 comprova que o Banco do Brasil pagou ao avalizado BB Banco Investimento S.A. o valor de R$ 24.704,40 (vinte e quatro mil setecentos e quatro reais e quarenta centavos) e aquele, por sua vez, recebeu o referido valor da autora em razão do seguro contratado (f. 45).

Assim, não está a merecer reforma a r. sentença ao determinar que o réu deve ser condenado a restituir à

autora o valor de R$ 24.704,40 (vinte e quatro mil setecentos e quatro reais e quarenta centavos), por ser este o montante pago pelo Banco do Brasil e ressarcido pela seguradora, sub-rogando-se, pois, esta, de pleno direito no referido crédito.

No que tange à irresignação da autora quanto ao termo *a quo* de incidência dos juros de mora, tenho que razão não lhe assiste.

Isso porque o caso dos autos trata de responsabilidade contratual, não devendo ser aplicada a Súmula nº 54 do STJ.

Com tais razões de decidir, rejeito a preliminar e nego provimento a ambos os apelos, para manter a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, em relação à primeira apelação, pelo autor e, em relação ao segundo apelo, pela requerida. Suspensa a exigibilidade de tais verbas por parte do requerente, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO MARINÉ DA CUNHA e IRMAR FERREIRA CAMPOS.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

...

Ação de divisão - Deliberação da partilha - Auto de divisão - Lavratura - Folhas de pagamento - Sentença homologatória - Cabimento - Honorários advocatícios - Ausência de fixação na primeira fase do procedimento - Omissão não sanada - Trânsito formal em julgado - Cobrança - Via própria - Possibilidade

Ementa: Apelação cível. Divisão. Deliberação da partilha. Lavratura do auto de divisão e elaboração das folhas de pagamento. Sentença homologatória. Cabimento. Honorários de advogado. Ausência de fixação na primeira fase do procedimento. Omissão não sanada. Trânsito formal em julgado. Possibilidade de cobrança em via própria.

- Após a deliberação da partilha, bem como da lavratura do auto de divisão com a respectiva elaboração das folhas de pagamento, cabe ao juiz proferir sentença homologatória, nos termos do art. 980 do CPC.

- Em que pese a existência da coisa julgada formal no que tange à fixação dos honorários, nada obsta o direito de os advogados buscarem, através da via própria, os honorários devidos em razão dos trabalhos desenvolvidos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0878.04.004394-4/002 - Comarca de Camanducaia - Apelantes: 1º) José dos Santos Neto e outros, 2º) Vicente Barbosa de Lima e sua mulher Joselina da Mota Lima - Apelados: José dos Santos Neto e outro, Vicente Barbosa de Lima e sua mulher Joselina da Mota Lima - Relator: DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES, DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de fevereiro de 2009. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Trata-se de recursos interpostos contra a r. sentença de f. 407, proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Camanducaia, nos autos da ação divisória, proposta por José Santos Neto, Helena de Lima Santos e Aparecida da Conceição Silva em face de Vicente Barbosa de Lima e outros.

A referida sentença homologou a divisão constante do auto de f. 352/357 para que produza seus efeitos jurídicos e legais.

No recurso de apelação interposto pelos autores, com razões às f. 412/415, estes se insurgem contra a sentença homologatória proferida em primeiro grau, alegando omissão quanto à fixação dos honorários de sucumbência. Alegam que, apesar de a sentença proferida na primeira fase do procedimento não ter arbitrado a referida verba, nada obsta a sua fixação na fase executória dos trabalhos.

Preparo de f. 416.

Por sua vez, os réus apresentaram recurso às f. 417/431, pugnando pela nulidade dos laudos apresentados pelos peritos, bem como pela nulidade da sentença homologatória ante a ausência da lavratura do auto de divisão. No mais, dizem que não foram respeitadas as benfeitorias e a qualidade das terras, motivo pelo qual requerem a reforma da sentença.

Preparo à f. 432.

Contrarrazões às f. 440/443 e 446/449.

Os recursos foram recebidos à f. 453.

Conheço dos recursos, visto que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

A princípio, insta falar que as preliminares serão analisadas no mérito recursal da segunda apelação.

Primeiro recurso.

Conforme relatado, os autores insurgem-se contra a sentença homologatória proferida em primeiro grau, alegando omissão quanto à fixação dos honorários de sucumbência. Alegam que, apesar de a sentença proferida na primeira fase do procedimento não ter arbitrado a referida verba, nada obsta a sua fixação na fase executória dos trabalhos.

De fato, da leitura da sentença de f. 202, a qual julgou procedente o pedido de divisão, verifica-se que não foi fixada a respectiva verba de sucumbência, sendo certo que houve o trânsito em julgado daquela decisão.

Não obstante, após a prolação da sentença que homologou a divisão constante do auto de f. 352/357 para que produza seus efeitos jurídicos e legais, os autores embargaram a decisão a fim de que fosse sanada a referida omissão.

A insigne Juíza acolheu os embargos para determinar que cada condômino arque com os honorários do seu respectivo patrono.

Ora, embora o arbitramento da verba honorária trate de poder discricionário do julgador, que, com prudência, analisando as particularidades de cada caso concreto, deverá fixá-la dentro dos ditames legais, merece acolhimento a insurgência dos autores para que seja afastada a determinação alhures.

Em que pese a existência da coisa julgada formal no que tange à fixação dos honorários no caso em apreço, analisando com acuidade a questão, entendo que a melhor solução seria ressalvar o direito dos advogados para que busquem, através da via própria, os honorários devidos em razão dos trabalhos desenvolvidos.

Por essa razão, dou provimento ao recurso dos autores para afastar a determinação constante de f. 411 e ressalvar o direito dos advogados para que busquem, através da via própria e nos moldes do Estatuto da OAB, os honorários devidos em razão dos trabalhos desenvolvidos.

Segundo recurso.

Os réus, por sua vez, pugnam pela nulidade dos laudos apresentados pelos peritos, bem como pela nulidade da sentença homologatória ante a ausência da lavratura do auto de divisão. No mais, dizem que não foram respeitadas as benfeitorias e a qualidade das terras, motivo pelo qual requerem a reforma da sentença.

Verifico que a matéria de insurgência dos réus já foi devidamente analisada por ocasião da sentença de f. 202, a qual julgou procedente o pedido de divisão, não cabendo mais qualquer discussão quanto à demarcação dos quinhões e benfeitorias.

Já no tocante às nulidades arguidas, imperioso reconhecer que ambas devem ser rejeitadas de plano.

Isso porque, ao contrário do que foi alegado, a lavratura do auto de divisão se encontra devidamente presente nos autos, às f. 352/357, o que autorizou a sua homologação por sentença, nos termos do art. 980 do CPC.

Por outro lado, a nulidade apontada pelos réus no tocante ao laudo formulado pelos peritos se pauta no inconformismo da divisão entre os quinhões, matéria esta, conforme já dito, superada por ocasião da sentença de f. 202, sendo que esta transitou em julgado.

Por todo exposto, rejeito as preliminares, dou provimento ao recurso dos autores para afastar a determinação constante de f. 411 e ressalvar o direito dos advogados para que busquem, através da via própria, os honorários devidos em razão dos trabalhos desenvolvidos. Nego provimento ao recurso dos réus.

Custas recursais dos apelos, pelos réus.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AFRÂNIO VILELA e MARCELO RODRIGUES.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES, DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

...

Execução de título judicial - Decisão - Manutenção - Intuito procrastinatório - Atos processuais - Anulação - Coisa julgada - Relativização - Exceção de pré-executividade - Apresentação em primeira instância - Improcedência

Ementa: Agravo de instrumento. Decisão mantida. Intuito procrastinatório. Anulação de atos processuais. Relativização da coisa julgada. Manifesta improcedência da exceção de pré-executividade apresentada em primeira instância.

- Não há falar em anular atos processuais quando o Procurador Federal compareceu no feito e o chamou à ordem, e, além disso, visou, em sede de exceção de pré-executividade, ao afastamento dos efeitos da coisa soberanamente julgada, alegando sua relativização.

- Aplicação do efeito translativo e dos princípios da celeridade e da efetividade processuais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0479.98.004801-7/002 - Comarca de Passos - Agravante: INSS Instituto Nacional de Seguro Social - Agravado: Antônio Rodrigues Monteiro - Relatora: DES.ª SELMA MARQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de janeiro de 2009. - *Selma Marques* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SELMA MARQUES - Cuida a espécie de agravo de instrumento interposto por INSS - Instituto Nacional do Seguro Social contra a respeitável decisão de f. 263-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Passos que, nos autos da ação de execução de sentença, decidiu que

> [...] a exceção de pré-executividade de f. 209/221 foi oposta com fundamento na vedação da acumulação da aposentadoria com auxílio-acidente. A matéria foi apreciada na sentença de f. 148/151, transitada em julgado (f. 184). O Procurador compareceu aos autos e teve notícia do processado, tanto que pediu o chamamento à ordem (f. 246). Cumpram-se as deliberações da decisão de f. 272/273.

Aduz a parte recorrente, em síntese, que o *decisum* não merece prosperar, porque "o Juiz *a quo* não intimou o Procurador Federal da decisão de f. 272/273 e, a despeito da petição de f. 278, insistiu no erro com alarmante indiferença". Ainda, afirma que a ausência de intimação pessoal determinada pela lei é geradora de nulidade, pois, se a intimação não for devidamente realizada, o prazo para o Procurador Federal praticar ato processual começará a fluir, tendo em vista o disposto nos arts. 184, § 2º, e 240, parágrafo único, ambos do CPC.

Requereu o agravante, por fim, a concessão do efeito suspensivo e a reforma da decisão guerreada.

Às f. 287-288-TJ, foi concedido efeito suspensivo ao agravo.

Às f. 295-296-TJ, constam informações de praxe.

Não foram oferecidas contrarrazões ao recurso, f. 305-TJ.

Presentes os requisitos legais, admito o recurso.

Inicialmente, não conheceria do recurso, porquanto descumprido o disposto no art. 526 do CPC pelo recorrente, conforme informações de f. 295-TJ. Ocorre que, em análise deste caso específico, entendo ser possível desde já o julgamento do mérito da decisão guerreada, razão pela qual não suscito esta preliminar.

Ainda, não conheceria do agravo em razão de não ter sido trazida a cópia da decisão que rejeitou a objeção de pré-executividade de f. 230-232-TJ em sua integralidade. Também não devo suscitar a mencionada prefacial, uma vez ter sido possível a compreensão do recurso.

Superadas essas questões, adentro o mérito e passo a fazer digressões sobre o Instituto da coisa julgada. É cediço que:

> Coisa julgada material é algo mais. É imutabilidade do conteúdo da sentença no mesmo ou em outro processo. Essa imutabilidade impõe-se a quem quer que seja: autoridade judicial, administrativa ou mesmo legislativa.
> Toda sentença produz coisa julgada formal, desde o momento em que se torna irrecorrível. Contudo, nem toda sentença produz coisa julgada material. Para que ocorra coisa julgada material, é preciso que o conteúdo da sentença não possa ser desprezado ou modificado, mesmo em outro processo ou em outra ação, exceto a rescisória, que se destina precisamente a desconstituir coisa julgada material (TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, p. 73).

A respeito:

> A coisa julgada é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. No plano da experiência, vincula apenas as partes da respectiva relação jurídica. Relativamente a terceiros, pode ser utilizada como reforço de argumentação. Jamais como imposição (STJ - 6ª Turma - REsp. nº 28.618-2/GO - Rel. Min. Vicente Cernicchiaro - j. em 24.11.92 - não conheceram - v.u. - pub. no *DJU* de 18.10.93, p. 21.890).

O Prof. Nelson Nery Jr., em sua obra *Código de Processo Civil comentado*, 10. ed., p. 682, leciona:

> Coisa julgada. Proferida sentença, que tenha efetivamente julgado o mérito, de que já não caiba mais recurso, ocorre a coisa julgada material *auctoritas rei judicate*. Destarte, não pode a lide já julgada ser novamente submetida ao exame do Poder Judiciário [...].

Assim é o recentíssimo julgado do TJRS:

> Impugnação ao cumprimento de sentença. [...] Coisa julgada. [...] Modificação que atentaria contra a coisa julgada. Arts. 467 do CPC e 5º, XXXVI, da CF. [...] (Agravo de Instrumento nº 70026914127 - 19ª Câmara Cível - TJRS - Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior - j. em 15.10.08).

No caso presente, visa o agravante, através da exceção de pré-executividade, ao afastamento dos efeitos da coisa soberanamente julgada, f. 164/171-TJ.

Vejo que, às f. 199/211-TJ, apresentou o Instituto a mencionada exceção, alegando ser inexigível a sentença, ser possível a relativização da coisa julgada, bem como a prevalência do interesse social sobre o interesse público. Requereu fosse devido ao autor, ora agravado, tão somente a quantia de R$ 32.770,89, porque as parcelas devidas foram apuradas pelo autor com base

em uma RMI (renda mensal inicial) superior à encontrada pelo INSS. Conforme documentos ora juntados, pode-se verificar que a RMI do autor, por se tratar de auxílio-acidente, corresponde a 50% do salário de benefício, R$ 408,55, valor este encontrado através do sistema informatizado do INSS. Inexplicavelmente e não se sabe como, haja vista que em nenhum momento foi apresentada pelo autor a relação de seus salários de contribuição do período básico de cálculo, o mesmo fez incidir em suas contas uma RMI superior à devida. Portanto, torna-se necessário decotar da RMI do autor o valor que excede a encontrada pelo INSS.

A meu sentir, latente está o intuito procrastinatório do recorrente. Quisesse discutir o valor da execução deveria ter interposto embargos em tempo hábil, recurso próprio à época, o que não foi feito, consoante f. 229-TJ. Outra prova de que não foram interpostos tais embargos é o pedido de f. 236-TJ, em que requereu "o recebimento da peça de f. 209 e seguintes como embargos à execução, tendo em vista o pedido subsidiário, devendo, ao final, ser julgados procedentes".

Quanto à anulação dos atos processuais, entendo não ser possível sua decretação, principalmente porque o feito tramita desde o ano de 1998, e o recorrente requereu o chamamento do feito à ordem, consoante f. 234-236-TJ, em atenção aos princípios da efetividade e da celeridade, aplicando-se o efeito translativo, o que é possível em qualquer tempo e grau de jurisdição. Sobre o efeito translativo:

> O efeito translativo é ligado à matéria que compete ao Judiciário conhecer em qualquer grau de jurisdição, ainda que sem expressa manifestação das partes, a exemplo das questões enumeradas no art. 301 do CPC (MARINONI, Luis Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed., p. 523).

Pois bem. Saliento estar claro querer o recorrente ver novamente ser publicada a decisão que rejeitou liminarmente a exceção de pré-executividade, para rediscuti-la posteriormente, mediante a apresentação de, oportunamente, outro agravo.

Ora, posso desde já analisar o mérito da referida decisão e confirmá-la, visto que o recorrente possui o interesse de modificar acórdão desta Corte, o que é impossível, em decorrência da segurança jurídica prevista, como garantia fundamental, no art. 5º, XXXVI, da CR/88, no art. 6º da Lei de introdução ao Código Civil e no art. 467 do Código de Processo Civil.

Soma-se a isso o fato de não terem sido alegadas, na objeção de pré-executividade, matérias de ordem pública, como, por exemplo, nulidade de citação, prescrição, decadência, incompetência absoluta, ausência de condição da ação ou desobediência a pressupostos processuais.

Demais, como cediço, é pública e notória a demora de recebimento dos precatórios, o que, mais uma vez, impede a decretação da nulidade dos atos ocorridos no feito, porquanto está o INSS sempre a pleitear o sobrestamento de sua requisição.

Devo elogiar as palavras exaradas pelo ilustre Julgador singular, f. 219/220-TJ:

> Aqui, porém, dentro de uma primeira análise, vê-se que se trata de título judicial transitado em julgado (f. 174/181 e 184), que apresenta, formalmente, a aparência de liquidez, certeza e exigibilidade.
> Assim, frise-se, esta discussão não pode ser decidida na angustiada via pretendida, pois a questão não pode ser reconhecida de ofício, a não ser pela via incidental de embargos.

Ressalto que o Instituto cometeu erro em sua petição, f. 08-TJ, ao requerer fosse determinada a nulidade "dos atos posteriores à decisão de f. 272/273". Em verdade, o primeiro requerimento foi no sentido de se anular "os atos posteriores à decisão de f. 229/232" (f. 261-TJ). Assim, vejo que nem sequer há um liame nos pedidos, e à f. 260-TJ atesta José Vicente Pereira, PJPI 10321-8, ter sido o procurador do recorrente intimado da decisão de f. 272/273 (255/256-TJ), o que afasta mais uma vez a anulação dos atos processuais. Acresça-se a isso o fato de que o recurso poderia não ser conhecido, por conter razões dissociadas da decisão guerreada, o que não é prudente, nesse momento, suscitar.

Ainda, devo advertir o Instituto da existência da multa tangente à litigância de má-fé, porque está a litigar contra texto expresso de lei, ou seja, art. 5º, XXXVI, da CR/88, art. 6º da LICC e art. 467 do CPC.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso, para manter incólume a decisão guerreada, e, desde já, lançar mão do efeito translativo, para confirmar a decisão que rejeitou liminarmente a exceção de pré-executividade.

Não há falar em custas, porque o INSS é delas isento.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES FERNANDO CALDEIRA BRANT e MARCELO RODRIGUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Servidão administrativa - Ação de instituição - Energia elétrica - Linha de transmissão - Interesse público - Urgência - Imissão na posse - Deferimento - Suspensão até a realização da prova pericial - Impossibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de instituição de servidão administrativa. Linha de transmissão de energia

elétrica. Interesse público. Urgência. Imissão na posse. Deferimento. Suspensão até a realização da prova pericial. Impossibilidade.

- Não há como impedir a imissão da posse na constituição de servidão administrativa, até que sejam realizados os trabalhos periciais a fim de se estabelecer a justa e prévia indenização, se preenchidos os requisitos para o deferimento da medida.

- Por não ser o direito de propriedade intocado, não havendo possibilidade de conciliação entre interesses particulares e públicos, estes devem prevalecer.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0450.08.006613-4/003 - Comarca de Nova Ponte - Agravante: Antônio Narciso Ribeiro Barbosa - Agravada: LT Triângulo S.A. - Relator: DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de março de 2009. - *José Antônio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Trata-se de agravo de instrumento manejado por Antônio Narciso Ribeiro Barbosa contra decisão proferida pelo Juízo da Comarca de Nova Ponte, nos autos da ação de instituição de servidão administrativa ajuizada por LT Triângulo S.A.

A decisão combatida (f. 06-TJ) deferiu o pedido de remoção dos galpões que se encontram sob a linha de transmissão e determinou a cessação de qualquer atividade desenvolvida no local.

Em sua minuta, a parte agravante alega, em síntese, que a demolição das benfeitorias e dos equipamentos deve ser impedida até a realização da perícia, sob pena de sua inutilidade.

Aduz que os trabalhos periciais são uma forma de estabelecer a justa e prévia indenização em dinheiro da servidão a ser implantada em sua propriedade e dos danos a ela causados.

Ao final, pugna pela concessão do efeito suspensivo, bem como pelo conhecimento e provimento do agravo de instrumento aviado, para fins de reforma da decisão hostilizada.

Preparo, f. 24.

Indeferido o efeito suspensivo ativo, f. 31.

Contraminuta apresentada, f. 35/39, tendo a parte agravada pugnado pelo desprovimento do recurso.

É o breve relatório.

Conhece-se do recurso, visto que presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade.

Cuida-se de ação de instituição de servidão administrativa ajuizada pela parte agravada em face da parte agravante, objetivando, liminarmente, a imissão provisória na posse da área serviente, mediante depósito judicial de prévia indenização.

O objeto do presente agravo restringe-se à possibilidade de impedimento da imissão na posse outrora deferida pelo MM. Juiz *a quo*, até que seja realizada a perícia, que estabelecerá a justa e prévia indenização em dinheiro da servidão a ser implantada na propriedade da parte agravante e dos danos a ela causados.

Pois bem.

A parte agravada é concessionária do serviço público federal de transmissão de energia elétrica, estando incumbida de proceder aos trabalhos de construção, operação e manutenção, dentre outras atribuições, para fins de viabilizar a Expansão da Interligação Norte-Sul III, através da implantação das linhas de transmissão de energia elétrica e subestação (f. 11-TJ).

A Aneel - Agência Nacional de Energia Elétrica - declarou de utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, as áreas de terra necessárias à passagem das linhas de transmissão de energia elétrica, relativas ao mencionado empreendimento, em favor da Concessionária LT Triângulo S.A., ora parte agravada.

Com efeito, a parte agravada ingressou com ação de instituição de servidão administrativa, por via da qual o MM. Juiz primevo deferiu o pedido liminar de imissão na posse do imóvel, mediante depósito judicial de prévia indenização.

Inicialmente, é importante ressaltar que há muito o direito de propriedade não é tomado como algo absoluto, intangível e irrestrito, sendo certo que, muito embora tenha sido elevado a um direito fundamental, é necessário que a propriedade atenda a uma função social e ambiental (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II, III e VI; 225, da CR).

E mais, o exercício do direito de propriedade pode, inclusive, sofrer limitações legais - de direito civil, ou de direito administrativo, como as intervenções estatais na propriedade privada.

Sobre a servidão administrativa ou pública, é sabido que, por essa forma de intervenção estatal na propriedade privada, a Administração Pública, amparada pelo interesse público, pode, unilateral e compulsoriamente,

> [...] usar bens de particulares sem que o seu proprietário perca a titularidade sobre os mesmos. O particular proprietário sofre apenas algumas restrições ao uso e gozo da propriedade onerada com a servidão administrativa (FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 418).

Nesse aspecto, diferencia-se, claramente, da desapropriação, na medida em que esta, apesar de ser,

também, modalidade de intervenção do Estado na propriedade particular, não se resume a uma mera restrição à propriedade. Pelo contrário, representa a retirada do bem do domínio particular, mediante o pagamento de indenização, em regra, justa, prévia e em dinheiro (art. 5º, XXIV, da Lei Maior).

Todavia, tanto as servidões administrativas em geral, como as desapropriações por utilidade pública, receberam disciplina legal, principalmente pelo Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.1941.

Extrai-se do art. 40 do mencionado decreto-lei: "O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei".

Previu-se, além disso, a possibilidade de o Poder Público se imitir, de forma imediata e provisória, na posse do bem, objeto de desapropriação ou de servidão, desde que alegue urgência e deposite determinada quantia para tanto, nos termos do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941:

> Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens.
> § 1º A imissão provisória poderá ser feita, independentemente da citação do réu, mediante o depósito:
> a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial;
> b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido;
> c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;
> d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará, independentemente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originariamente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel.
> § 2º A alegação de urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias.
> § 3º Excedido o prazo fixado no parágrafo anterior não será concedida a imissão provisória.

Diante disso, tem-se que, acertadamente, decidiu o nobre Juiz singular, ao imitir a agravada provisoriamente na posse do bem, diante da alegada urgência da servidão pretendida e do depósito judicial, já que respaldada no art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941.

Dessarte, não há como impedir a imissão da posse, até que sejam realizados os trabalhos periciais a fim de se estabelecer a justa e prévia indenização, uma vez que, como dito, o direito de propriedade não é intocado, de modo que, frente à impossibilidade de conciliação entre interesses particulares e públicos, sem dúvida, prevalecerão estes.

Não se pode perder de vista ainda que o montante depositado, para fins de imissão na posse, não é necessariamente o valor da indenização correspondente à constituição da servidão administrativa, tendo em vista que somente após a instrução probatória se concluirá pelo justo *quantum* indenizatório.

Nesse sentido, o TJMG já decidiu:

> Linha de transmissão de energia elétrica. Plantação de eucalipto. Servidão administrativa. Interesse público. Urgência. Imissão na posse. Possibilidade. Valor da indenização. Complementação posterior. Possibilidade. - Declarada a utilidade pública de faixa de terreno destinada à servidão administrativa para a instalação de rede de transmissão em área de floresta de eucalipto explorada comercialmente, é possível a imissão provisória na posse, condicionada ao depósito prévio do valor da indenização. Os eventuais prejuízos podem ser compensados posteriormente, mediante realização de perícia (Agravo de Instrumento nº 1.0528.03.900009-6/001 - Câmaras Cíveis Isoladas - Relator: Des. Fernando Bráulio - j. em 1º.07.2004 - pub. em 22.09.2004).

> Desapropriação. Imissão provisória na posse. Art. 15 do Decreto-lei 3.365/41. Presença de seus pressupostos autorizativos. Inobservância de dano irreparável. - Se foi constatada a presença de todos os requisitos previstos no art. 15 do Decreto-lei 3.365/41, a dar supedâneo à concessão da buscada imissão provisória na posse e se não se vislumbra a possibilidade de dano irreparável ao direito dos expropriados, não se justifica a suspensão de seus efeitos (dela, imissão provisória na posse) (Agravo de Instrumento nº 1.0000.00.236721-7/000 - Relator: Des. Hyparco Immesi - pub. em 1º.06.2004).

Assim, caberá à parte agravante, no curso do processo, através das provas que entender cabíveis, comprovar o efetivo prejuízo suportado, para fins de futura indenização, quando do julgamento final do feito.

Com tais considerações, nega-se provimento ao recurso para manter a decisão agravada em todos os seus termos.

Custas recursais, pela parte agravante.

Para os fins do art. 506, III, do CPC, a síntese do presente julgamento é:

1. Negaram provimento ao recurso, para manter a decisão agravada em todos os seus termos.

2. Condenaram a parte agravante ao pagamento das custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GENEROSO FILHO e OSMANDO ALMEIDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Cumprimento de sentença - Obrigação de fazer - *Astreintes* - Incidência - Executado - Intimação prévia e pessoal - Imperatividade

Ementa: Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Obrigação de fazer. *Astreintes*. Incidência. Intimação prévia e pessoal do executado. Imperatividade.

- Ao contrário do entendimento doutrinário e jurisprudencial já assentado quanto à dispensabilidade de intimação prévia ao executado (ou procurador constituído) para fins de cumprimento voluntário da obrigação de pagar quantia certa (STJ - REsp nº 954.859/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, *DJU* 27.08.07), tratando-se de sentença que importe em obrigação de fazer, a cientificação preliminar e pessoal ao devedor com vistas ao adimplemento constitui medida inescusável.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0708.04.010423-2/002 - Comarca de Várzea da Palma - Agravante: Manoel Damião Ribeiro Rocha - Agravada: Telemig Celular S.A. - Relatora: DES.ª CLÁUDIA MAIA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de março de 2009. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Manoel Damião Ribeiro Rocha frente à decisão interlocutória proferida nos autos da ação de indenização por dano material e moral (em fase de cumprimento de sentença) movida contra Telemig Celular S.A., a qual determinou fosse novamente intimada a ré (agravada) para, no prazo de 15 (quinze) dias, disponibilizar ao autor (agravante) o contrato de serviços telefônicos, sob as penas fixadas na sentença (f. 50-TJ).

Nas razões recursais de f. 02/08-TJ, sustenta o agravante, em síntese, falecer ao Juiz primevo o poder de determinar a intimação da agravada para, concedendo-lhe novo prazo, adimplir o comando sentencial (disponibilização do contrato de serviços telefônicos).

Prefacialmente, requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal. Quanto ao mérito, pugna pela cassação da decisão combatida, com vistas a determinar a intimação da agravada para pagar a multa fixada na sentença, cujos cálculos se encontram nos autos originais, uma vez que a mesma não cumpriu com exatidão a prestação fixada, isto é, não restabeleceu o contrato de serviços telefônicos.

Decisão proferida por esta Relatora às f. 59/60-TJ deferindo a formação do instrumento e recebendo-o apenas sob seu regular efeito devolutivo.

Informações prestadas pelo Magistrado de piso às f. 68/69-TJ.

Contraminuta apresentada às f. 71/75-TJ.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, conheço da irresignação.

Mérito.

Ao contrário do entendimento doutrinário e jurisprudencial já assentado quanto à dispensabilidade de intimação prévia ao executado (ou procurador constituído) para fins de cumprimento voluntário da obrigação de pagar quantia certa (STJ - REsp nº 954.859/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 27.08.07), tratando-se de sentença que importe em obrigação de fazer, a cientificação preliminar e pessoal ao devedor com vistas ao adimplemento constitui medida inescusável.

Relevante para a elucidação da matéria a transcrição da ementa do voto proferido pelo Min. Luiz Fux, por ocasião do julgamento do REsp nº 692.386/PB, a seguir transcrito:

> Processual civil. FGTS. Execução de sentença por obrigação de fazer. FGTS. Art. 461 do CPC. Desnecessidade de citação do devedor. Sentença de caráter mandamental. 1. Os arts. 461 e 632 do CPC trouxeram a lume no ordenamento processual, de forma expressa, as sentenças auto-executáveis e mandamentais nas condenações de fazer e não fazer, de sorte que não há necessidade de citação do executado na exigibilidade judicial dessas pretensões. 2. Isto porque é cediço na doutrina que: '[...] com o advento do art. 461 do CPC tornou-se inútil o procedimento traçado para essas obrigações (de fazer e de não-fazer), uma vez que a condenação nessas prestações passou a ser considerada auto-executável, quando oriundas de sentença, isto é, realizável na própria relação de cognição donde proveio o comando condenatório. Em conseqüência, de nenhuma valia o recurso ao processo executivo desconcentrado nas hipóteses em que a parte pode promover *simpliciter et* de plano a satisfação do julgado. Nesse sentido é que a reforma de 2002 fez inserir uma nova redação ao art. 644 ao dispor: 'a sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo' (NR). Ressalta evidente que o procedimento nestas espécies de obrigações varia conforme o fazer comporte prestação fungível, isto é, realizável por terceiro que não o devedor, ou infungível, em que somente o executado pode cumpri-las, inadmitindo meios de sub-rogação. (FUX, Luiz. In *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Ed. Forense, p. 1.373, 1.374). '[...] Com o art. 461, não se exige mais a citação do executado na execução de sentença civil condenatória que imponha o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. Tal circunstância afasta a aplicação do art. 632, que faz referência expressa à citação, já que a execução se processa sem intervalo (fase executiva, sem a citação do executado e sem a possibilidade de oposição de embargos do executado). Não havendo

nova citação, nesses casos, não se forma um processo de execução de título judicial fundado em sentença civil condenatória de obrigação de fazer e não fazer' (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. In *Código de Processo Civil interpretado*. Ed. Atlas, p. 1.870/1.871. 3. [...]. 4. Nada obstante, o cumprimento da sentença pressupõe ordem para fazer, o que arrasta a necessidade de comunicação *in faciem*, insubstituível pela publicação no Diário Oficial. É que na forma dos arts. 234 e 238 do CPC, as intimações são pessoais quanto ao destinatário, podendo à semelhança do art. 11 da lei do *writ*, operar-se pelo correio; tanto mais pela própria citação que consubstancia o contraditório, admite esta modalidade que a receptiva de vontade. 5. Deveras, as conseqüências cíveis e penais do descumprimento das decisões mandamentais exigem segurança na comunicação da mesma, tornando imperiosa a necessidade de intimação pessoal. 6. Recurso especial parcialmente provido para determinar a intimação pessoal da caixa na forma análoga do art. 11, da Lei 1.533 (p. no *DJU* em 11.10.05).

Adotando a mesma linha de raciocínio já se manifestou este Tribunal por diversas vezes, consoante se verifica *in verbis*:

Agravo de instrumento. Exceção de pré-executividade. Multa diária. Execução. Obrigação de fazer. Intimação pessoal. Prazo. Ausência. Inexigibilidade do título executivo. 1. A intimação para o cumprimento da obrigação de fazer estipulada na sentença, principalmente quando fixada multa cominatória, deve ser necessariamente pessoal, não podendo ser substituída por publicação no Diário Oficial. 2. A *astreinte* só é exigível a partir da data em que finda o prazo fixado pelo juiz para cumprimento da obrigação, e a parte intimada pessoalmente não a cumpre. 3. [...] (TJMG - 1.0701.04.094111-7/001(1), Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, *DJ* de 20.11.08).

Execução. Obrigação de fazer. Cominação de *astreintes*. Necessidade de intimação pessoal. Insuficiência da intimação no Diário Oficial. Honorários de sucumbência. Majoração. - No caso da ordem judicial destinada àquele que tem a obrigação de fazer ou não fazer, imprescindível a intimação pessoal do mesmo, ainda mais quando há cominação de *astreintes*. Há que se considerar que a pessoa obrigada pelo comando judicial é diversa do seu procurador, não bastando a simples intimação pelo Diário Oficial em nome deste. - [...] (TJMG - 1.0024.06.073894-5/001(1), Rel. Des. Irmar Ferreira Campos, *DJ* de 15.07.2008).

Agravo de instrumento. Exceção de pré-executividade. Execução de multa diária. Cumprimento de obrigação de fazer. Intimação pessoal. Necessidade. Inexigibilidade do título executivo. Impossibilidade da execução. - Mesmo não havendo a previsão legal de intimação pessoal no art. 461 do CPC, a doutrina e a jurisprudência afirmam que, diante de prestação de obrigação de fazer a ser cumprida pessoalmente pela parte, a intimação necessariamente deve ser pessoal, não podendo o autor, sem realizá-la, impor ao devedor a cobrança da multa (TJMG - 1.0713.03.022580-7/002(1), Rel. Des. Adilson Lamonier, *DJ* de 26.04.08).

Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Obrigação de fazer. Cominação de *astreintes*. Necessidade de intimação pessoal. - No caso da ordem judicial destinada àquele que tem a obrigação de fazer ou não fazer, imprescindível a intimação pessoal do mesmo, ainda mais quando há cominação de *astreintes*. Há que se considerar que a pessoa obrigada pelo comando judicial é diversa do seu procurador, não bastando a simples intimação pelo órgão oficial em nome deste. V.v. (TJMG - 1.0024.07.590845-9/001(1), Rel. Des. Mota e Silva, *DJ* de 13.11.07).

No caso dos autos, percebe-se que o agravante formulou pedido (f. 47/49-TJ) dirigido ao Magistrado de 1° grau no sentido de se computar a multa cominatória no *quantum debatur*, em face do descumprimento da obrigação de fazer imposta ao agravado (executado).

Todavia, denota-se dos autos inexistir intimação prévia e pessoal endereçada ao devedor com vistas ao cumprimento do *mandamus*, razão pela qual se apresenta integralmente escorreita a decisão atacada de f. 50-TJ, somente podendo-se exigir a incidência de *astreintes* a partir do término do prazo fixado, obviamente mantendo-se o executado inerte, mesmo que cientificado mediante ato personalíssimo.

Ante tais considerações, nego provimento ao agravo, permanecendo incólume o provimento alvejado.

Custas recursais, pelo agravante, suspensa sua exigibilidade nos termos da Lei n° 1.050/60.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES NICOLAU MASSELLI e ALBERTO HENRIQUE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação civil pública - Liminar - Contrato de adesão de voluntariado - Regras referentes ao nepotismo e à improbidade - Suspeita de burla - Suspensão do contrato - Manutenção da decisão

Ementa: Agravo de instrumento. Ação civil pública. Liminar. Manutenção da suspensão de termo de adesão de serviço voluntariado firmado entre o Município e a esposa do atual Prefeito da cidade. Presença de indícios de manobra para burlar as regras referentes ao nepotismo e à improbidade. Decisão de primeiro grau mantida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 1.0049.08.014295-0/001 - Comarca de Baependi - Agravante: Fazenda Pública do Município de Baependi - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e outro - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incor-

porando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de março de 2009. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - O Município de Baependi agrava da r. decisão de f. 74/83-TJ, que, em autos de ação civil pública, deferiu o pedido de liminar, para, nos termos do art. 37, *caput,* da CF/88, declarar suspenso o contrato de adesão de voluntariado firmado entre o recorrente e Sueli de Fátima Rodrigues Rollo.

Busca a reforma da decisão, argumentando, em síntese, que não haveria nada que maculasse a moralidade administrativa ou os princípios da Administração Pública. Bate-se pela ausência do *periculum in mora* a ensejar a concessão da liminar, haja vista que o ato suspenso seria referente a um serviço voluntariado, firmado sob a égide da Lei Federal 9.608/98, sem qualquer ônus para o Município e sem qualquer vínculo empregatício. Sustenta a ausência dos requisitos necessários para a concessão da medida. Formula pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Por meio da decisão de f. 98/99, conheceu-se do recurso e foi indeferida a suspensão dos efeitos da decisão agravada.

O MM. Juiz de primeiro grau prestou informações de f. 107/108. Juntou documentos de f. 109/160.

O agravado apresentou resposta às f. 178/183.

A douta Procuradoria de Justiça, com vista dos autos, manifestou-se, às f. 188/190, pelo desprovimento do recurso.

No caso, verifica-se que foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais uma ação civil pública, com pedido de liminar, visando à decretação de nulidade do Termo de Adesão de Serviço Voluntariado nº 01/2008, então firmado entre o recorrente e a Sra. Sueli de Fátima Rodrigues Rollo, esposa do atual Prefeito de Baependi/MG.

O agravado argumenta que o referido termo seria uma forma de burlar a decisão que afastou a Sra. Sueli do cargo de Secretária-Geral do Município recorrente. Segundo alega, estaria a servidora exercendo funções inerentes ao referido cargo, embora contratada sob outro formato, qual seja o de voluntariado.

O il. Magistrado de primeiro grau entendeu por bem deferir o pedido liminar, declarando suspenso o citado contrato.

Com efeito, da análise dos autos, constata-se que já teria sido ajuizada, anteriormente, uma outra ação civil pública envolvendo as mesmas partes, em razão da alegada prática de nepotismo. É que, segundo consta, a Sra. Sueli de Fátima Rodrigues Rollo teria ocupado, em princípio, o cargo de Secretária-Geral do Município, embora tenha sido comprovado o vínculo relacional de parentesco entre o Prefeito da cidade e a servidora.

Diante disso, foi determinada a exoneração da Sra. Sueli do cargo por ela ocupado. No entanto, mais tarde, entendeu por bem o Município recorrente firmar com a Sra. Sueli um termo de adesão de serviço voluntariado.

Afirma o agravante que o referido serviço (voluntário) seria realizado sem qualquer ônus para o Município e sem qualquer vínculo empregatício, não havendo motivos suficientes para a suspensão do termo de adesão.

Por outro lado, o recorrido sustenta a ocorrência de manobra das partes no sentido de driblar o impedimento da contratação de parentes, alegando, inclusive, a manutenção, pela servidora, das funções referentes ao cargo anteriormente ocupado.

Pois bem. Constato que razão assiste ao recorrido.

Conforme bem observado pelo d. Juiz, em sua decisão:

> [...] a despeito do Município-réu sustentar que a contratação foi regular e estar a terceira ré trabalhando como voluntária na área de assistência social, *data venia*, a prova dos autos revela o contrário, notadamente diante da prova de que está a terceira ré a exercer função pública administrativa, com poder de comando e decisão, o que difere, em muito, do mero voluntariado, conforme se extrai das declarações prestadas por Orminda Maria Amaral Torres e Maria Aparecida Nogueira dos Santos [...] (f. 82-TJ).

Ao que tudo indica, as regras que vedam o nepotismo, bem como a improbidade, permanecem desobedecidas com a manutenção do termo de adesão de serviço voluntariado. Quer me parecer que há, realmente, a intenção das partes em burlar o impedimento de contratação da esposa do Prefeito pela Municipalidade.

Além disso, as razões do recurso não infirmam, de forma objetiva, as ocorrências narradas em primeiro grau, nem mesmo as alegações do recorrido.

Cumpre registrar, ainda, a ausência de perigo de dano para o Município recorrente, tendo em vista a possibilidade de o contrato de adesão de serviço voluntariado ser firmado com outra pessoa que também seja capacitada para exercer as funções e não possua impedimento para tanto.

Ante tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOREIRA DINIZ e DÁRCIO LOPARDI MENDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Reintegração de posse - Via eleita - Inadequação - Não verificação - Requisitos do art. 927 do CPC - Falta - Questão de mérito - Nulidade da sentença - Julgamento da lide - Prova testemunhal necessária - Ausência - Prova da posse anterior e do esbulho - Verificação - Cassação da sentença

Ementa: Civil e processual civil. Apelação. Ação de reintegração de posse. Inadequação da via eleita. Não verificação. Ausência de requisitos do art. 927 do CPC. Questão de mérito. Nulidade da sentença. Ausência de prova testemunhal necessária ao julgamento da lide. Verificação. Preliminar acolhida. Sentença cassada.

- Não se revela inadequada a via, quando o procedimento eleito pelo autor se mostra adequado à sua pretensão.

- A aferição do cumprimento dos requisitos da ação possessória é questão de mérito que deve ser apreciada quando do julgamento dele.

- A revelia não induz, necessariamente, na procedência do pedido, devendo o magistrado determinar, mesmo de ofício, a produção de prova necessária.

- Uma vez verificada a ausência de prova da posse anterior e do esbulho, deve ser cassada a sentença de julgamento antecipado para a produção da prova.

Preliminar acolhida, sentença cassada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0002.08.015416-0/001 - Comarca de Abaeté - Apelante: Eliana Maria Alves Fagundes - Apelada: Maria do Carmo Soares Fiúza - Relatora: DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER A PRELIMINAR DE NULIDADE E CASSAR A SENTENÇA. REJEITAR AS DEMAIS PRELIMINARES.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2009. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Trata-se de ação de reintegração de posse que Maria do Carmo Soares Fiúza ajuizou contra Eliana Maria Alves Fagundes, alegando que é proprietária de um imóvel rural denominado Fazenda Bom Sucesso da Barra do Pará; que parte do imóvel fora cedido em comodato ao pai da ré; que, durante esse período, a ré somente esteve no local por duas vezes; que o pai da ré faleceu antes de cumprido o prazo do comodato; que a posse do imóvel lhe foi restituída; que, no início de dezembro de 2007, a ré esbulhou o imóvel; que a ré se negou a lhe restituir a posse do imóvel; que a ré vem degradando e poluindo o local; que lhe é garantido o direito de propriedade; que a interposição de uma ação possessória no lugar de outra não obsta a concessão da proteção possessória; que o ordenamento jurídico lhe garante o direito de propriedade; que a gleba ocupada pela ré é área de plantio; que a presença da ré no local a impede de realizar exploração econômica na área. Requereu fosse liminarmente reintegrada na posse do imóvel e que ao final fosse a presente ação julgada procedente para tornar definitiva a liminar.

O MM. Juiz deferiu a antecipação de tutela para reintegrar a autora na posse do imóvel (f. 35/36).

A ré contestou (f. 42/43), alegando: que a área descrita na inicial não pertence à autora, tendo sido vendida em dezembro de 2007; que o parágrafo único do art. 1º do contrato reconhece a sua propriedade sobre a residência localizada no imóvel; que a autora não possui interesse de agir; que a autora é parte ilegítima para figurar no pólo ativo da presente ação; que a autora litiga de má-fé. Requereu lhe fossem concedidos os benefícios da gratuidade judiciária, a extinção do processo com base no art. 267, VI, c/c o art. 329 do CPC e a condenação da autora nas penas por litigância de má-fé.

O MM. Juiz, conforme sentença de f. 51/53, julgou procedente o pedido inicial, nos seguintes termos:

> Diante do exposto, julgo procedente o pedido inicial para confirmar a liminar deferida e reintegrar a autora na posse do imóvel descrito na inicial.
> Condeno a ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, ficando, todavia, suspensa a exigibilidade de tais verbas, tendo em vista a assistência judiciária deferida à f. 46 verso.

A ré recorreu (f. 54/62), alegando: que a ação é imprópria para o fim pretendido; que a autora não comprovou que detinha a posse nem que houve sua perda; que é a proprietária do imóvel; que a apelada não é proprietária do imóvel; que não foram preenchidos os requisitos para a obtenção da antecipação de tutela; que, para a obtenção da reintegração de posse, não basta a demonstração do domínio; que é imprescindível a demonstração da perda da posse; que a sentença é nula por ausência de prova; que a ocorrência da revelia não desobriga a apelada de comprovar suas alegações; que cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu

direito; que o BO de f. 14/15 lhe é favorável. Requereu fossem acolhidas as preliminares para extinguir o processo sem julgamento do mérito e, eventualmente, fosse cassada a sentença e determinada a regular instrução processual.

A autora apresentou contrarrazões (f. 64/67), alegando: que a apelante é revel; que a apelante não faz jus aos benefícios da gratuidade judiciária; que a ação proposta é própria para ser reintegrada na posse do imóvel; que a sentença não é nula, pois a revelia atesta a veracidade dos fatos narrados na inicial; que o documento juntado pela apelante não tem força probatória; que o registro de f. 26/27 prova sua propriedade sobre o imóvel; que a sentença não merece reforma. Requereu fosse negado provimento ao recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso da ré porque próprio, tempestivo e por estar sob o pálio da gratuidade judiciária, conforme decisão de f. 46 v., não revogada nem impugnada em via própria.

Preliminares.

Inadequação da via eleita.

A apelante arguiu preliminar implícita de inadequação da via eleita, alegando que a apelada não é a proprietária do imóvel e que não foi comprovada a posse anterior e sua perda.

Sem razão a apelante. Vejamos.

Analisando a inicial, percebe-se que a apelada pretende se ver reintegrada na posse do imóvel que descreve.

Sobre a ação possessória, leciona Luiz Rodrigues Wambier:

> As ações possessórias têm por escopo, unicamente, proteger a posse. Nelas, não se discute a propriedade, podendo, até mesmo, o possuidor intentar a ação (e ter protegida sua posse) contra o proprietário (*Curso avançado de processo civil*: processo cautelar e procedimentos especiais, 2. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 197).

No mesmo sentido, leciona o professor Ernane Fidélis dos Santos:

> Estabelecida que seja a posse, a proteção, como efeito dela decorrente, independe de qualquer titulação. A posse é protegida pelo simples fato de ser 'posse' e seu titular só a perde pelos meios legais [...].
> Sendo irrelevante para a proteção possessória a titulação da posse, desde que tenha sido estabelecida e tornada permanente, é protegida, mesmo se adquirida por violência, clandestinidade ou precariedade, vícios que a tornam injusta (CC/2002, art. 1.200).
> [...]
> Por meio da defesa da posse, o juízo possessório só admite pretensão e oposição que se relacionem com ela. Pode o domínio, que concede o direito de possuir, ser até isento de qualquer dúvida, mas, mesmo assim, não deve influenciar na demanda possessória (CC/2002, art. 1.210, § 2º).
> O juízo possessório e o juízo petitório não se confudem. O julgamento da posse favoravelmente a um ou a outro contendor não faz coisa julgada com relação ao domínio, ainda que a posse, nos casos acima citados, com base nele, for disputada [...].
> A proteção possessória só é concedida quando há efetivo esbulho, turbação ou ameaça por parte de quem é denunciado (*Manual de direito processual civil*, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3, p. 44-45).

Portanto, a presente ação é adequada à apreciação dos pedidos formulados pela autora, não importando para o julgamento da presente ação de quem seja a propriedade do bem litigioso.

Ademais, as questões relativas à posse anterior e sua perda devem ser discutidas quando da apreciação do mérito da demanda.

Posto isso, rejeito a preliminar.

Ausência de requisitos necessários.

A apelante arguiu, também, preliminar implícita de ausência de requisitos necessários para a propositura da ação, sob a alegação de que a autora, ao ajuizar a ação, não atendeu aos requisitos exigidos pelo art. 927 do CPC:

> Art. 927. [...]
> I - a sua posse;
> II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
> III - a data da turbação ou do esbulho;
> IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

As questões relativas ao cumprimento ou não do disposto no art. 927 do CPC são inerentes ao mérito da demanda e devem ser apreciadas quando de seu julgamento.

Portanto, rejeito a preliminar.

Nulidade da sentença.

A apelante arguiu, ainda, preliminar de nulidade da sentença, argumentando que a revelia não retira da autora o ônus de demonstrar os fatos alegados na inicial.

Tenho que assiste razão à apelante. Vejamos.

A revelia por si só não implica veracidade dos fatos alegados, devendo o magistrado analisar as circunstâncias fáticas e os elementos probatórios que lhe são apresentados, formando livremente sua convicção.

A simples revelia não implica procedência do pedido inicial, devendo o autor fazer prova dos elementos que constituem seu alegado débito.

Nesse sentido:

> Direito administrativo. Processual civil. Concurso público. Inspetor de polícia. Teste físico. Ofensa ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Tempestividade dos embargos infringentes. Devolução dos autos após o prazo recursal. Irrelevância. Revelia. Efeitos. Aprovação em curso de formação por força de decisão liminar. Teoria do fato consumado. Inaplicabilidade. Recurso especial conhecido e improvido.
> [...]

3. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a revelia não induz, necessariamente, à procedência do pedido, pois a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor pode ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, em observância ao princípio do livre convencimento do juiz.
[...] (REsp 792.435/RJ - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - 5ª Turma - j. em 06.09.07 - *DJ* de 22.10.07, p. 354).

Processual civil. Ação de cobrança. Energia elétrica. Revelia. Efeitos. Art. 319 do Código de Processo Civil.
1. A presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor é relativa. O alcance do art. 319 do Código de Processo Civil deve ser mitigado, porquanto a revelia não induz obrigatoriamente à procedência do pedido inicial, que dependerá do exame pelo magistrado de todas as evidências e provas dos autos. Precedentes.
2. Recurso especial improvido (REsp 689331/AL - Rel. Min. Castro Meira - 2ª Turma - j. em 21.02.06 - *DJ* de 13.03.06, p. 266).

Processual civil. Recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Revelia. Procedência do pedido. Relativização. - Na ação de consignação em pagamento, quando decretada a revelia, não será compulsória a procedência do pedido, se os elementos probatórios constantes nos autos conduzirem à conclusão diversa ou não forem suficientes para formar o convencimento do juiz. Recurso especial não conhecido (REsp 769468/RJ - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - 3ª Turma - j. em 29.11.05 - *DJ* de 06.03.06, p. 386).

Esse entendimento também é adotado por este egrégio Tribunal:

Ação de cobrança. Ecad. Direitos autorais. Revelia. Presunção de veracidade dos fatos alegados. Relatividade. Apresentação pelos próprios compositores. *Bis in idem*. Cobrança indevida. Vedação à *reformatio in pejus*. Sentença mantida. [...] Inicialmente, não se pode deixar de observar que a presunção de veracidade decorrente da revelia, da qual trata o art. 319 do CPC, é apenas relativa, devendo o juiz atentar para os elementos probatórios presentes nos autos, formando livremente sua convicção, para, só então, decidir pela procedência ou improcedência do pedido. Tal posicionamento é unânime na doutrina e na jurisprudência e se coaduna perfeitamente com o a busca da verdade real, a qual vem se impondo com força cada vez maior, na seara do processo civil (AC 499.217-6 - 17ª Câmara Cível - TJMG - Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha - pub. em 18.08.05).

Processual civil. Ação de cobrança. Apresentação extemporânea da contestação. Revelia. Pagamento parcial. Validade. Recurso provido em parte. [...] - Os efeitos da revelia não são absolutos, sendo pertinente à apreciação do direito, para formação da convicção do julgador quando da prolação de sua decisão (AC 1.0024.05.858775-9/002 - 12ª Câmara Cível - TJMG - Rel. Des. José Flávio de Almeida - pub. em 25.08.07).

Nesse sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Isto, porém, não quer dizer que a revelia importe automático julgamento de procedência do pedido.
Pode muito bem estar a relação processual viciada por defeito que torne impraticável o julgamento de mérito, e ao juiz compete conhecer de ofício as preliminares relativas aos pressupostos processuais e condições da ação (art. 301, § 4º).
De mais a mais, embora aceitos como verídicos os fatos, a consequência jurídica a extrair deles pode não ser a pretendida pelo autor. Neste caso, mesmo perante a revelia do pedido será julgado improcedente (*Curso de direito processual civil*, 41. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 367).

Analisando os autos percebe-se que o acervo probatório até agora produzido não possibilita o julgamento da lide, devendo ser acolhida a preliminar para cassar a sentença, determinando a produção de prova testemunhal que é indispensável ao julgamento das ações possessórias.

Não se julga antecipadamente ação possessória sem a prova da posse e do esbulho.

Nesse sentido:

Agravo de instrumento. Reintegração de posse. Liminar. Requisitos. Prova documental da posse e esbulho. Ausência. Liminar revogada. - Para a obtenção da medida liminar em ação possessória de força nova, o Código de Processo Civil exige que o promovente satisfaça um dos dois requisitos seguintes, quais sejam que a petição esteja devidamente instruída com a prova documental da posse, do esbulho ou turbação, bem como a data em que foi praticado. Caso contrário, terá o autor de promover, em juízo, a justificação do alegado por meio de testemunhas. [...] (Ag 1.0028.05.008605-8/001 - 9ª Câmara Cível - TJMG - Rel. Des. Tarcísio Martins Costa - pub. em 13.01.07).

Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Necessidade de comprovação da posse e do esbulho. Ausência de prova quanto à posse. Não provimento. Litigância de má-fé. Não caracterização das hipóteses previstas no art. 17 do Código de Processo Civil.
1- Sem prova da posse e do esbulho, inadmissível se torna a proteção possessória em ação reintegratória. [...] (AC 1.0024.06.032041-3/001 - 9ª Câmara Cível - TJMG - Rel. Des. Pedro Bernardes - pub. em 20.11.07).

Ao julgador incumbe determinar, mesmo de ofício, a prova necessária, porquanto destinatário real da prova, conforme art. 130 do CPC, que dispõe: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Nesse sentido:

'Princípio da busca da verdade real. Sinonímia: Princípio da livre investigação da prova no interior do pedido. Princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova. Enunciado: O juiz deve buscar a verdade material.
Conteúdo: É incontroverso na doutrina e na jurisprudência que o processo tem por objetivo a busca da verdade. Contudo, há dessintonia em saber se a verdade buscada é a verdade formal ou a verdade real. A visão tradicional do direito sustenta que no processo civil o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal. Fundamenta-se no fato de que, em regra, a relação jurídico-material que informa a causa cível versa sobre interesse disponível' (GRINOVER, 1992, p. 61).

> Todavia, não se pode deixar de perseguir um direito ideal. Ainda que o processo não seja a realidade, deve assentar-se nela e estar ligado a ela de maneira indissolúvel. Fora disso deixaria de ser direito [...].
> Talvez a leitura isolada de alguns artigos do nosso CPC possa dar a impressão do acolhimento do princípio da verdade formal. Veja-se, contudo, que as presunções de verdade em caso de revelia (art. 319) e de confissão ficta, no caso do art. 343, § 2º, têm sido mitigadas pela doutrina e pela jurisprudência para produzir somente presunção *juris tantum* [...].
> Um olhar atento ao nosso sistema processual verá que o Código não impõe limitações à pesquisa da verdade para o juiz. Pelo contrário. A busca da verdade real pelo juiz é consequência lógica de outros institutos [...].
> É evidente que a busca da verdade real não se faz sem limites. Um dos limites dá-se por incidência de outro princípio, qual seja o da necessidade da prova: os fatos sobre os quais deve fundar-se a decisão judicial devem estar demonstrados com provas aportadas ao processo. Na análise dos fatos notórios e na aplicação de regras de experiência é grande a autonomia do juiz. Por igual, o juiz pode determinar de ofício produção de prova que conheça e se relacione com outros processos. É claro que aplica seu conhecimento particular, mas este conhecimento não pode ser tão próximo dos acontecimentos que o faça verdadeira testemunha do fato trazido a julgamento (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.198-200).

É a lição de Barbosa Moreira, quanto à prova necessária determinada mesmo de ofício:

> Falta enfrentar esta questão: *quid iuris*, se não vem aos autos a prova de algum fato relevante? Um modo de lidar com tal situação é lançar as consequências desfavoráveis da carência probatória sobre o litigante a quem aproveitaria o fato não provado. Nessa perspectiva, as leis costumam estabelecer regras sobre o chamado *onus probandi*: *v.g.*, no CPC brasileiro, o art. 333 distribui o ônus entre o autor, para fato constitutivo do alegado direito, e o réu, para os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dele.
> É essa a única possível solução? Não poderá o juiz, por sua própria iniciativa, ordenar a realização de prova destinada a suprir a lacuna? Sempre nos pareceu, e parece a muitos outros, que semelhante pergunta se há de responder afirmativamente. Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos. Não será preferível que ele procure fazer jorrar alguma luz sobre os desvãos escuros da causa - e, se possível, baseie o julgamento numa ciência mais exata e completa do que realmente aconteceu?
> [...] Quem quer o fim, quer os meios. Se a lei quer que o juiz julgue, não pode deixar de querer que ele julgue, tanto quanto possível, bem informado; logo, não deve impedi-lo de informar-se, pelos meios que tenha à mão.
> Quando o juiz determina realização de prova para melhor esclarecimento dos fatos relevantes, não está, em absoluto, usurpando função da parte; não está agindo no lugar dela, fazendo algo que a ela, e só a ela, incumbia fazer. Sua iniciativa não é, a rigor, um sucedâneo da iniciativa da parte: é qualquer coisa de inerente à sua missão de julgador. Ele não atua como substituto da parte, atua como juiz - como juiz empenhado em julgar bem (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil, *Revista de Processo*, v. 30, nº 122, p. 15-16, abr. 2005).

Posto isso, acolho a preliminar.

Isso posto, rejeito a preliminar de inadequação da via eleita, rejeito a preliminar de ausência de requisitos necessários e acolho a preliminar de nulidade da sentença por ausência de prova necessária ao julgamento da lide.

Sem custas nesta fase.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES LUCAS PEREIRA e EDUARDO MARINÉ DA CUNHA.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DE NULIDADE E CASSARAM A SENTENÇA. REJEITARAM AS DEMAIS PRELIMINARES.

...

Retificação de registro civil - Patronímico do marido - Acréscimo posterior ao casamento - Motivos relevantes - Ausência - Impossibilidade - Art. 57 da Lei 6.015/73

Ementa: Retificação de registro civil. Acréscimo do patronímico do marido depois de realizado o casamento. Ausência de motivos relevantes. Impossibilidade. Inteligência do art. 57 da Lei 6.015/73.

- Para a alteração do sobrenome, imprescindível a demonstração de motivos relevantes, sob pena de ofensa aos princípios da imutabilidade do nome e da segurança jurídica.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.038279-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Maria Eugênia Barbosa Teixeira e outros - Relator: DES. CARREIRA MACHADO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 31 de março de 2009. - *Carreira Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CARREIRA MACHADO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria Eugênia Barbosa Teixeira, Emanuele Capogna e Luca Teixeira Capogna contra sentença de f. 44/46 prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Registros Públicos da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos da ação de retificação de registros movida pelos apelantes, deferiu parcialmente os pedidos inicias, para determinar a retificação da certidão de casamento de Maria Eugênia Barbosa Teixeira e Emanuele Capogna, de modo que seja corrigida a grafia de seus nomes.

Os apelantes, em suas razões recursais, f. 55/65, alegam que o não acréscimo do sobrenome do marido ao da esposa impede que a unidade familiar seja resguardada, já que prejudicada a referência familiar no meio social, trazendo a ela e aos filhos constrangimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 73/75, pelo provimento do recurso.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus requisitos de admissibilidade.

Tenho que o apelo não merece prosperar.

O nome integra a personalidade, individualiza a pessoa e indica sua procedência familiar, identificando o indivíduo na comunidade, constituindo um elo entre o indivíduo e a sociedade. Fato é que a pessoa é sempre civilmente conhecida pelo conjunto de palavras que forma o nome, conjugação do prenome e do nome ou patronímico ou apelido, vulgarmente chamados de sobrenome.

Assim vige o princípio da inalterabilidade do nome civil, que, embora de ordem pública e com vistas a garantir sua permanência, pode sofrer exceção. Os arts. 56 e 57, bem como o art. 109 da Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973, permitem a retificação do nome.

Insta notar que não é aplicável ao caso o art. 56 da Lei 6.015/73, uma vez que não se encontra a apelante no primeiro ano após ter atingido sua maioridade.

A lei não veda o aditamento, desde que respeitado o patronímico de família e devidamente motivado a ensejar a excepcionalidade. Esta deve ocorrer de forma limitada, e não absoluta.

Não vislumbro, *in casu,* a demonstração da excepcionalidade da situação ou os motivos que justifiquem a retificação, com clareza e extensão.

Os dispositivos citados não devem ser interpretados isoladamente. O espírito da lei protege o apelido de família e faculta ao interessado alterar o seu nome desde que comprove motivo relevante.

Compulsando os autos, verifico que os apelantes não lograram demonstrar o fato constitutivo do seu direito, qual seja que a ausência do sobrenome do marido no nome da apelante lhes causa constrangimento suficiente a ensejar a excepcionalidade permitida pela lei. Desse modo, constato que não se desincumbiram do ônus probante, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Ora, é sabido que o nome é elemento de individualização e identificação da pessoa, sendo a sua alteração permitida apenas em hipótese excepcional, resguardada a regra severa do art. 57 da Lei 6.015/73.

Vejamos a lição do mestre Sílvio de Salvo Venosa:

> As decisões desse teor devem ser proferidas com cautela, para evitar que os tribunais contrariem o espírito de lei, permitindo a alteração do nome por mero capricho, quando não com o sentido de burlar terceiros. Para esse entendimento judicial prosperar, o pedido deve ser plenamente justificável e provado, caso contrário estará caindo por terra o princípio da imutabilidade do prenome, criado com finalidade social (*Direito civil* - Parte geral, 3. ed., p. 217).

Com efeito, só se admite a modificação do nome em caráter excepcional e mediante comprovação de justo motivo, o que *in casu* não ocorreu. A opção pelo acréscimo do patronímico do marido mais de três anos após o casamento não é motivo relevante para determinar a retificação do registro civil, sob pena de ofensa aos princípios da imutabilidade do nome e da segurança jurídica.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BRANDÃO TEIXEIRA e CAETANO LEVI LOPES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Dano moral - Aspecto objetivo - Injusto sofrimento - Não ocorrência - Descaracterização do dano - Comportamento errôneo da parte - Indenização - Não cabimento

Ementa: Dano moral. Análise objetiva do fato. Inexistência de ato causador de sofrimento moral. Engano ocorrido em razão de errado comportamento da parte.

- O dano moral só ocorre quando o ato, sob o aspecto objetivo, é visto como capaz de causar injustamente sofrimento na parte que não teve nenhuma participação no que se considerou ofensivo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.07.122509-9/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: Ivandeli Lopes - Apelado: Município de Poços de Caldas - Relator: DES. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2009. - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ERNANE FIDÉLIS - A Constituição de 1988 foi expressa, realmente, sobre o dano moral, mas isso não quer dizer que, antes, o mesmo não existisse nem fosse indenizável, sendo de se entender, inclusive pelas vibrantes obras doutrinárias, como a de Wilson Melo da Silva e a de Aguiar Dias, que a pretensão do texto constitucional foi apenas de formalizar legalmente o que já era consagrado.

O dano, por outro lado, é situação real e concreta. Possível é que, em determinadas situações, as consequências sejam apenas de diminuição de valores econômicos, mas não se afasta a possibilidade de também causar incômodo, dor ou sofrimento a quem o suporta. Nesse caso, sempre foi possível o cúmulo da indenização pelas duas espécies do dano.

A indenização por dano moral que, segundo Cunha Gonçalves, seria o sucedâneo do incômodo sofrido, e que Augusto Zenun chama simplesmente de derivativo, tem a finalidade não de recompor o que, de alguma forma, foi tirado, mas de criar situação tal que permita abrandar o incômodo estado de revolta, ou de dor, ou de insatisfação. Não há substituição de valores, mas outros criados, para que se abrande o sentimento negativo. É, como bem diz o último jurista citado: "Então, ao se condenar o ofensor por danos puramente morais, implica isto em condená-lo a reparabilidade do necessário para que se proporcione ao sofredor os recursos, os meios de retirá-lo do estado melancólico a que fora levado" (*O dano moral e sua reparação*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 3).

A existência do dano moral não se fundamenta, exclusivamente, na afirmação negativa de quem se diz sofrer, mas sim no aspecto objetivo do *quod plerumque fit*, estabelecendo a proporcionalidade entre o que foi praticado e o que poderia ter causado sentimento de desgosto.

Firme, pois, na finalidade de se criar situação paralela, com o objetivo de abrandar sentimentos de dor por outra forma de satisfação, conclui-se, logicamente, que a indenização só é cabível quando houver razão de incômodo injusto, o que, no caso, não se revela com a avaliação do Julgador, sopesando a motivação dos fatos, encarnado na figura do homem médio.

Irretocável é a decisão do douto Juiz Antônio Pereira Gatto, que realmente rejeitou mais essa tentativa de fabricação de dano moral para efeitos indenizatórios, sem que a parte tenha considerado, ainda que tenha havido engano, ser ela a causadora de todo o acontecido, quando ocupou indevidamente imóvel do Município.

Além do mais, é por demais fantasiosa a alegação de que uma simples notificação extrajudicial, de palpável engano, tenha trazido tanto desgosto à apelante, mesmo porque, ao receber a cientificação respectiva, ela própria deve ter sentido que tudo fora ocasionado pelo ato ilegal por ela praticado, qual seja a ocupação de imóvel que não era seu.

Sem maiores razões para confirmação do que bem foi decidido, nego provimento ao recurso, condenando a apelante nas custas processuais, isenta por estar sob o pálio da assistência judiciária.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON FERNANDES e MAURÍCIO BARROS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Hospital - Responsabilidade civil objetiva - Queimadura em paciente - Prova do dano e do nexo causal - Dano moral - Valor - Arbitramento - Razoabilidade e proporcionalidade

Ementa: Indenização. Danos morais. Responsabilidade civil. Queimadura hospitalar. Responsabilidade objetiva. Demonstração do dano e nexo de causalidade. Obrigação de indenizar caracterizada. Dano moral. Critérios para o arbitramento da verba indenizatória. Razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida.

- Os hospitais, considerados prestadores de serviços, submetem-se às normas insertas no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Por isso, a responsabilidade civil das entidades hospitalares é objetiva, que não exige a comprovação da culpa do nosocômio, exigindo tão somente prova do dano e do nexo de causalidade.

- O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem constituir fonte de enriquecimento sem causa, e, por outro, deve desempenhar uma função pedagógica e repreensiva ao ofensor, a fim de evitar a reincidência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.149905-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Santa Casa de

Misericórdia de Belo Horizonte - Santa Casa Saúde, 2º) Hospital Dom Bosco S.A. - Apelados: M.G.D. e outro. - Relator: DES. ANTÔNIO DE PÁDUA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 12 de março de 2009. - *Antônio de Pádua* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Trata-se de recursos de apelação interpostos por Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte e Hospital Dom Bosco S.A., respectivamente, nos autos da ação de indenização movida por M.G.D. e P.D.D., perante a 7ª Vara Cível desta comarca, inconformados com os termos da sentença de f. 479/489, que julgou procedente o pedido inicial e condenou os réus ao pagamento de danos morais fixados em R$ 20.000,00 para o autor e R$10.000,00 para autora, e, ainda, julgou improcedente o pedido de condenação do réu denunciado para restituir os valores pagos ao hospital pelos autores.

Em suas razões recursais de f. 503/508, a primeira apelante alega que ficou demonstrado, através do laudo pericial, que foram oferecidas todas as condições médico-hospitalares de que necessitava o segundo apelado e, também, que o tratamento médico foi adequado, sendo correta a indicação cirúrgica.

Assevera ter inexistido qualquer tipo de imprudência, negligência ou imperícia no atendimento ao apelado, não restando configurada a responsabilidade civil, e, muito menos, restou demonstrado o nexo causal entre a conduta médica e os alegados danos sofridos pelo menor.

Acrescenta que a responsabilidade do médico se apresenta como de meio, e não como de fim, e, restando desconfigurado o nexo causal, da mesma forma, ficaria afastada a responsabilidade do plano de saúde.

Salienta que apenas disponibiliza uma rede credenciada, mas não determina a quem os usuários devam procurar, seja no caso de hospitais, seja no caso de médicos.

Pugna, eventualmente, pela redução da condenação, afirmando que não possui condições de arcar com os danos morais fixados na sentença por se tratar de uma instituição filantrópica.

Sem preparo, por terem sido concedidas as benesses da gratuidade judiciária.

Em suas razões de f. 509/517, o segundo apelante também afirma que não houve qualquer tipo de imperícia, imprudência ou negligência, inexistindo comprovação do nexo causal.

Transcreve respostas apresentadas pelo perito judicial, destacando que o laudo confirma que o tratamento dispensado ao menor foi o adequado.

Colaciona julgados que corroboram a sua tese.

Aduz que não está presente a culpa e, assim, ausente a necessidade de indenizar.

Encerra suas razões pugnando, também, pela redução da condenação.

Preparo à f. 519.

Contrarrazões às f. 524/527, 528/531 e 532/533, pelo improvimento dos respectivos recursos.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 544/552.

Conheço das apelações, presentes suas condições de admissibilidade.

Passo à análise conjunta dos recursos por terem objetos idênticos.

Extrai-se dos autos que o autor, P.D.D., submeteu-se, em 22.03.03, a uma cirurgia de adenoidectomia, sendo tal procedimento realizado nas dependências do Hospital Dom Bosco, primeiro réu.

Foi informado na inicial que, ao retornar do bloco cirúrgico, a avó do menor (também autora) percebeu que ele apresentava diversas queimaduras de 2º e 3º graus na região do tórax. A autora afirmou, ainda, que, sem o auxílio necessário do hospital e do plano de saúde, teve que travar uma batalha com os requeridos.

De pronto, cumpre salientar que a responsabilidade civil das entidades hospitalares é do tipo objetiva, não exigindo do paciente a comprovação da culpa do nosocômio, mas tão somente a prova do dano e do nexo de causalidade. É que os hospitais são considerados, por definição legal, prestadores de serviço e, por isso, se submetem às normas do Código de Defesa do Consumidor, a teor do art. 14, *caput*, da Lei nº 8.078/90, *in verbis*:

> O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 380) ilustra:

> [...] os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. Esta responsabilidade, como se constata da leitura do próprio texto legal, tem por fundamento o fato gerador do serviço, que, fornecido ao mercado, vem dar causa a um acidente de consumo. O serviço é defeituoso quando, diz o artigo § 1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não oferece a segurança necessária que o consumidor do produto pode esperar,

> levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se espera e a época em que foi fornecido.

Pelo que se infere do feito, o autor foi internado no nosocômio apelante apenas para uma cirurgia de baixa complexidade, em bom estado de saúde, vindo a apresentar queimadura após a intervenção cirúrgica, quando ainda estava internado.

Extrai-se do prontuário médico de f. 18 que o autor retornou do bloco cirúrgico com uma queimadura na mão esquerda e pequenas queimaduras na região torácica.

Consta do mesmo prontuário que o paciente foi avaliado por um cirurgião plástico que repassou as orientações a sua avó, sendo que o documento de f. 26 (solicitação de procedimentos) revela a necessidade de enxerto dermo-epidérmico, o que foi efetivamente realizado segundo sumário de alta de f. 28.

Fez-se registro, no laudo pericial, de que, não conseguindo realizar a cirurgia plástica no hospital Dom Bosco, foi ela realizada na Santa Casa (f. 402).

Infere-se do laudo, ainda, que o apelado ficou com diversas cicatrizes e queloide em razão da má cicatrização das queimaduras.

Quanto ao mais, o laudo de f. 399/409 trouxe poucos esclarecimentos acerca do cerne da questão.

O cerne da questão está no fato de que, durante ou após a cirurgia, o paciente, ora apelado, sofreu queimaduras graves, e, nesse tocante, o laudo pouco elucidou.

Em resposta aos quesitos da autora, o perito informou que as lesões decorrentes da fuga elétrica dos cautérios não puderam ser percebidas durante o ato operatório pela presença dos campos cirúrgicos e pela aplicação da anestesia que suprimiu qualquer reação de dor (f. 407).

De igual maneira, não importa que as instalações estivessem em plenas condições de uso, importando apenas que o menor sofreu as queimaduras pelo manuseio errado de instrumento cirúrgico, seja pelo médico, seja por algum dos enfermeiros/auxiliares.

Conforme já asseverado, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade da demandada é objetiva, restando caracterizada, na medida em que, comprovados o dano e o nexo causal entre este e a falha nos serviços, caberia ao réu comprovar a ocorrência de alguma das hipóteses excludentes de sua responsabilidade, isto é, inexistência do defeito, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 14, § 3º, incisos I e II, do CDC), o que não aconteceu.

Assim, eram ônus do hospital comprovar que inexistiu defeito ou eventual falha no serviço prestado, ônus dos quais se desincumbiu, haja vista que a prova carreada aos autos aponta em sentido contrário.

A meu ver, demonstrado está o dano suportado pelo autor em razão de complicações desencadeadas por queimadura, após a cirurgia a que se submeteu. Da mesma forma, ficou evidenciado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo autor e o ato cirúrgico realizado nas instalações do primeiro réu.

Uma vez comprovados os pressupostos da responsabilidade civil objetiva, a saber, o dano experimentado pela vítima e o nexo de causalidade na espécie, passa-se à análise da quantificação da indenização fixada a título de danos morais, objeto de insurgência recursal.

Quanto aos critérios utilizáveis na fixação do valor da indenização por dano moral, há de se considerar uma série de circunstâncias, como a pessoa do ofendido e do ofensor; a extensão da lesão ao direito; a intensidade do sofrimento; devendo-se observar, ainda, o caráter pedagógico-preventivo da medida.

Aliado a esses critérios, deve-se sempre buscar, no bom senso, na razoabilidade e proporcionalidade, esteios para o arbitramento dessa medida. Ainda, a indenização não pode ser exacerbada, a ponto de constituir enriquecimento sem causa em favor da vítima do dano.

Assim, entendo que o *quantum* fixado pelo Magistrado não se mostra exagerado, devendo, assim, ser mantida a sentença.

Ante o exposto, nego provimento a ambos os apelos.

Custas, pelos apelantes, suspensa a exigibilidade com relação ao primeiro recorrente por ter sido agraciado com as benesses da gratuidade judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e ROGÉRIO MEDEIROS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Autorização para impressão de documentos fiscais - AIDF - Quitação de débitos tributários - Comprovação - Exigência - Decisão transitada em julgado - Nova AIDF - Mesma situação fática e jurídica - Proposição de ação judicial - Desnecessidade

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança. AIDF condicionada à comprovação de quitação de débitos tributários. Decisão transitada em julgado. Nova AIDF. Mesma situação fática e jurídica.

- Não se mostra razoável que a impetrante, cada vez que necessitar de impressão de documentos fiscais, tenha que propor nova ação judicial, para lhe reconhecer novamente o direito, decorrente de uma mesma situação fática e jurídica, já declarado em decisão judicial com trânsito em julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.03.184420-2/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Município de Belo Horizonte - Agravada: Visão Luminosos Ltda. - Autoridade coatora: Secretário da Fazenda Municipal de Belo Horizonte - 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, 10 de março de 2009. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de f. 65-TJ, proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por Visão Luminosos Ltda. contra ato do Secretário Municipal da Fazenda de Belo Horizonte, que indeferiu pedido formulado pelo agravante, determinando a comprovação documental de autorização para impressão de documentos fiscais (AIDF).

Em suas razões, o agravante alega que cumpriu a determinação judicial, proveniente da concessão de medida liminar, em 30.01.04, autorizando a impressão de 100 notas fiscais em favor da impetrante, ora agravada, não havendo que se falar em crime de desobediência. Sustenta que a decisão transitada em julgado, que confirmou a liminar, atingiu apenas o ato administrativo ocorrido em 2003 e narrado na prefacial do *mandamus*. Afirma que, "caso entenda a agravada que a negativa de concessão da AIDF, em 2006, trata-se de ato ilegal", deve impetrar novo mandado de segurança, pois se trata de novo ato administrativo. Requer seja dado provimento ao recurso para cassar a decisão recorrida, determinando o encerramento de eventual procedimento instaurado para a apuração de crime de responsabilidade (f. 04/11).

Não há como ser acolhida a preliminar de não conhecimento do recurso, uma vez que, segundo consta dos autos, o agravante questiona a decisão proferida em 03.09.2008, que indeferiu requerimento por ele formulado.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de mandado de segurança, através do qual a impetrante buscou o reconhecimento de seu direito líquido e certo à autorização para a impressão de documentos fiscais (AIDF), independentemente da comprovação de quitação de débitos fiscais.

Entendendo que a Administração Pública não poderia condicionar a emissão de documento fiscal ao pagamento de tributo, o que configuraria uso arbitrário das próprias razões, o Juiz da causa deferiu a liminar (f. 22-TJ).

Em 12 de maio de 2004, foi proferida sentença concedendo a segurança, determinando ao Secretário Municipal de Fazenda de Belo Horizonte, em caráter definitivo, a expedir autorização para a impressão de documentos fiscais (f. 34/38-TJ), sendo confirmada em reexame necessário pelo acórdão de f. 48/51-TJ.

Depois de transitada em julgado a decisão (f. 53-TJ) e de baixados os autos (f. 56v.), a impetrante, ora agravada, requereu o desarquivamento dos autos, informando que o impetrado, contrariando medida já concedida, estava novamente a lhe negar a AIDF (f. 57-TJ).

O Juiz da causa determinou que o impetrado comprovasse o cumprimento da sentença e, no caso de decurso do prazo sem manifestação, que fossem remetidas cópias dos autos ao Ministério Público para a apuração de crime de desobediência (f. 61-TJ). Tal decisão foi publicada em 23.01.2007, conforme certidão de f. 61-TJ.

Apenas em 09.07.2008, o Município de Belo Horizonte veio a se manifestar nos autos, afirmando que a decisão transitada em julgado atingiu apenas o ato administrativo ocorrido em dezembro de 2003 e que, caso a impetrante entendesse ilegal ato perpetrado em outubro de 2006, deveria intentar nova ação, requerendo envio de ofício ao Procurador-Geral de Justiça para solicitar encerramento de qualquer procedimento aberto (f. 63/64-TJ).

O Juiz da causa indeferiu o pedido, asseverando que:

> A obtenção das notas fiscais é condição do exercício legal da impetrante sob pena de ordem econômica tributária. A segurança concedida importa em reconhecimento do direito da impetrante à obtenção das notas fiscais sempre que sua atividade o exigir (f. 65-TJ).

Irresignado, o Município de Belo Horizonte interpôs o presente recurso.

O inconformismo em relação à sistemática tributária em questão, que, conforme já demonstrado na decisão transitada em julgado (f. 48/53-TJ), contraria o ordenamento jurídico e é prejudicial à impetrante, foi o fundamento para a impetração do mandado de segurança.

Na citada decisão, restou consignado que

> [...] o condicionamento da autorização para impressão de formulários fiscais à prévia quitação da obrigação tributária, relativa ao ISS, está a evidenciar ato arbitrário e abusivo da autoridade apontada como coatora, caracterizando, pois, flagrante violação ao direito líquido e certo da impetrante em exercer a sua atividade social, nos termos do art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal (f. 49-TJ).

Não buscava a impetrante uma composição provisória da pretensão resistida, mas sim a resolução definitiva da controvérsia, sempre que as ocorrências tidas por ilegais se repetirem, dada a natureza continuada da relação jurídica.

Dessa maneira, não se mostra razoável que a impetrante, cada vez que necessitar de impressão de documentos fiscais, tenha que propor nova ação judicial para lhe reconhecer novamente o direito, decorrente de uma mesma situação fática e jurídica.

Acerca do mandado de segurança com caráter "normativo", esclarecedor é o voto do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, no REsp 638377/MG:

> [...] Há certas relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa relação jurídica permanente. Nesses casos, pode ocorrer que a controvérsia decidida pela sentença tenha por origem não o fato gerador instantâneo, mas a situação jurídica de caráter permanente na qual ele se encontra inserido, e que também compõe o suporte desencadeador do fenômeno de incidência. Tal situação, por seu caráter duradouro, está apta a perdurar no tempo, podendo persistir quando, no futuro, houver a repetição de outros fatos geradores instantâneos, semelhantes ao examinado na sentença. Nestes casos, admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes, que se conservará enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático objeto do juízo de certeza.
>
> 4. No caso presente, houve sentença que, bem ou mal, fez juízo a respeito não de uma relação tributária isolada, nascida de um específico fato gerador, mas de uma situação jurídica mais ampla, de trato sucessivo, desobrigando a impetrante de se sujeitar ao recolhimento da contribuição prevista na Lei 7.689/88, considerada inconstitucional (*DJ* de 21.03.2005).

Forçoso concluir que, tendo a impetrante reconhecido o direito à autorização de impressão de documentos fiscais, independentemente de prévio recolhimento de débito fiscal, em decisão judicial já transitada em julgado, não necessita de nova ação para discutir tal direito, decorrente de mesma situação fática e jurídica, não merecendo qualquer reparo a decisão proferida pelo culto e operoso Juiz, Dr. Mauro Pena Rocha.

Nego provimento ao recurso.

Isento de custas (Lei 14.939/03).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍCIO BARROS e ANTÔNIO SÉRVULO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Dano moral - Tabelião - Notificação de protesto por edital - Serviços notariais e de registro - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Art. 15 da Lei nº 9.492/97 - Hipótese legal

Ementa: Civil e processual civil. Danos morais. Tabelião. Notificação de protesto por edital. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Hipótese legal do art. 15 da Lei 9.492/97.

- Os serviços notariais e de registro não são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

- A Lei 9.492/97, em seu art. 14, faculta ao tabelião a remessa da notificação por qualquer forma, desde que seja certificado o recebimento, inclusive por AR. Não encontrada a pessoa a ser notificada no endereço fornecido, perfeitamente viável a notificação por edital, consoante o disposto no art. 15 da Lei 9.492/97.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.08.257296-4/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Douglas Adriani Araújo - Apelado: Márcio de Barros Quintão - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2009. - *Nilo Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NILO LACERDA - Em juízo de admissibilidade, conheço do recurso. Próprio, tempestivo e regularmente processado, estando a apelante sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Douglas Adriani Araújo contra a r. sentença de f. 55/57, nos autos da ação indenizatória que ajuizou contra Márcio de Barros Quintão.

A r. sentença julgou improcedente o pedido formulado na inicial, por entender que o protesto levado a efeito pelo réu, na qualidade de tabelião do cartório de protestos, obedeceu aos ditames legais. Se houve falha, esta foi dos funcionários da ECT, que forneceram informações de que o autor havia se mudado de endereço. Asseverou que competia ao autor a prova de que os funcionários da ECT não estiveram na Delegacia Regional

de Segurança Pública onde trabalha, para lhe entregar a correspondência notificatória expedida pelo cartório de protestos. Entendeu muito frágil a prova oral produzida nos autos, mormente pelo fato de não ter o autor negado o débito.

Condenou, por força da sucumbência, a apelante ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre a condenação, suspendendo a exigibilidade por litigar sob assistência judiciária gratuita.

Inconformado, o apelante insurge-se contra o *decisum* proferido, alegando que a decisão está divorciada do substrato probatório contido no caderno processual. Alega que não foi observada a inversão do ônus da prova, preconizado no Código de Defesa do Consumidor. Alega que a responsabilidade do tabelião é objetiva, em face do disposto no art. 14, § 3º, inciso I, c/c os arts. 42 e 43, § 4º, do CDC. Aduz que o apelado delegou a função, de exercer a notificação, a terceiro (ECT), e, de acordo com a correspondência de f. 37, o autor teria se mudado, tendo o apelado determinado, assim, a notificação por edital. Entende, por isso, que o apelado foi negligente, já que a empresa terceirizada não tem fé pública para certificar tal ocorrência.

Contrarrazões às f. 67/76.

Versam os presentes autos sobre pedido de indenização por danos morais por parte do apelante em virtude de protesto de duplicata levado a efeito pelo apelado, na condição de tabelião do cartório de protestos.

Inicialmente, saliento que, ao contrário do que argumenta o apelante, não são aplicáveis ao caso em tela as regras do Código de Defesa do Consumidor, visto que não configurada a relação de consumo no presente caso, já que não se pode dizer que o tabelião seja fornecedor de serviços.

Nesse sentido, aliás, confira-se o julgado a seguir, desta egrégia Corte:

> Ementa: Indenização por danos morais e materiais. Titular de serviços de registro de imóveis. Inaplicabilidade do CDC. Os serviços notariais e de registro não são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Inaplicáveis aos contratos de compra e venda de imóvel as regras do Código de Defesa do Consumidor, visto que não se vislumbra a figura do consumidor e fornecedor, devendo ser observadas as regras do Código Civil brasileiro (TJMG - 15ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0439.07.065628-5/001 - Rel. Des. Mota e Silva - j. em 10.07.08).

Portanto, não é possível a inversão do ônus da prova pretendida pelo apelante no caso em tela, já que o instituto é próprio do direito do consumidor.

Sustenta o apelante, no mérito, que o tabelião, ora apelado, teria delegado seus poderes para realizar a notificação a funcionários da ECT, que teriam certificado erroneamente a sua mudança de endereço.

Entretanto, analisando a conduta do apelado, verifica-se que esta não é dissonante do disposto na Lei 9.492/97, que, em seus arts. 14 e 15, assim estabelece:

> Art. 14. Protocolizado o título ou documento de dívida, o tabelião de protesto expedirá a intimação ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço.
> § 1º A remessa da intimação poderá ser feita por portador do próprio tabelião, ou por qualquer outro meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção (AR) ou documento equivalente.
> § 2º A intimação deverá conter nome e endereço do devedor, elementos de identificação do título ou documento de dívida, e prazo limite para cumprimento da obrigação no tabelionato, bem como número do protocolo e valor a ser pago.
> Art. 15. A intimação será feita por edital se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, sua localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do tabelionato, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante.
> § 1º O edital será afixado no tabelionato de protesto e publicado pela imprensa local onde houver jornal de circulação diária.
> § 2º Aquele que fornecer endereço incorreto, agindo de má-fé, responderá por perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções civis, administrativas ou penais.

Como se vê, a própria lei faculta ao tabelião a remessa da notificação por qualquer forma, desde que seja certificado o recebimento, inclusive por AR.

No caso dos autos, o equívoco, ao que tudo indica, foi do funcionário dos correios que certificou o "mudou-se" na notificação, mesmo sendo o local da entrega o local de trabalho do apelante.

Portanto, revela-se correta a atitude do apelado ao proceder à notificação do apelante por edital, visto que prevista para a hipótese do art. 15 da Lei 9.492/97.

Logo, não há que se falar no nexo de causalidade entre a conduta do apelado e o dano eventualmente causado ao apelante, visto que este teria sido provocado, como dito, por um funcionário dos correios.

Feitas essas considerações, nego provimento à apelação cível, para manter integralmente a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pelo apelante, suspensa a exigibilidade em face da gratuidade de justiça sob a qual litiga.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALVIMAR DE ÁVILA e SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Despejo por denúncia vazia - Locação - Direito pessoal - Litisconsórcio necessário - Cônjuge - Não ocorrência - Direito de preferência - Ação própria

Ementa: Apelação. Ação de despejo por denúncia vazia. Contrato de locação. Direito pessoal. Litisconsórcio necessário. Cônjuge. Inocorrência. Direito de preferência. Ação própria.

- O contrato de locação, não obstante ter por objeto bem imóvel, tem natureza obrigacional e, portanto, pessoal.

- Não é considerado direito real, cujo rol é *numerus clausus*, ou seja, taxativo. Com efeito, tendo em vista que o presente caso envolve contrato de locação sem qualquer participação do cônjuge da recorrente, não há que se falar em ação real e, por conseguinte, em litisconsórcio passivo necessário entre cônjuges.

- A Lei de Locação tratou do instituto da preferência que garante ao locatário o direito a prelação na hipótese do locador alienar o imóvel. Tal preferência, se inobservada no momento da venda, deve ser exercida por ação própria, desde que satisfeitas as condições dispostas no art. 33 da Lei 8.245/91.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.08.261520-2/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Aparecida de Fátima Cândida de Oliveira - Apelado: Dilson Pinto da Cunha - Relator: DES. TIBÚRCIO MARQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA À APELANTE. REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de fevereiro de 2009. - *Tibúrcio Marques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Trata-se de apelação interposta à sentença que, nos autos da ação de despejo por denúncia vazia, movida por Dilson Pinto da Cunha em face de Aparecida de Fátima Cândida de Oliveira, julgou procedente o pedido formulado na inicial.

Na sentença (f. 35/37), entendeu o Juiz de primeiro grau que o pedido está regularmente instruído com a documentação necessária à demonstração do direito do autor, tendo havido, inclusive, notificação judicial para desocupação. Além disso, afirmou que ocorreram os efeitos da revelia.

Inconformada, a ré interpôs apelação (f. 41/47), alegando, preliminarmente, a nulidade do processo, haja vista que o seu cônjuge não foi citado.

No mérito, sustenta que não foi notificada para exercer o direito de preferência na aquisição do imóvel locado e que a desocupação deverá ser realizada no prazo de 6 meses.

Ao final, pleiteia o provimento do recurso para declarar nulo o processo e, se não for possível, requer a concessão do prazo de 6 meses para desocupação, contados da citação, bem como a isenção dos ônus sucumbenciais.

Nas contrarrazões (f. 53/66), o autor aduziu, em síntese, que não há necessidade de participação do cônjuge no pólo passivo, uma vez que o contrato de locação tem natureza pessoal.

Expõe também que o direito de preferência requer comprovação da capacidade financeira do locatário preterido, bem como que o prazo de seis meses não se aplica ao presente caso.

Por fim, requer seja negado o provimento à apelação.

1 - Dos pressupostos de admissibilidade.

A apelante, revel até o presente momento processual, pleiteia a gratuidade de justiça.

Acostada a declaração de pobreza (f. 48) e ausentes elementos que façam emergir situação contrária à de miserabilidade, defiro a assistência judiciária.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

2 - Da preliminar de nulidade por falta de citação do cônjuge.

A apelante alega que, nos termos do art. 10, § 1º, I, do CPC, a participação do seu cônjuge no pólo passivo é imprescindível, motivo pelo qual, diante da ausência de citação do seu consorte, o processo é nulo.

Sobre a obrigatoriedade do litisconsorte passivo entre cônjuges, o inciso I do § 1º do art. 10 do CPC determina a citação de ambos os cônjuges quando a ação versar sobre direitos reais imobiliários.

O contrato de locação, não obstante ter por objeto bem imóvel, tem natureza obrigacional e, portanto, pessoal. Não é considerado direito real, cujo rol é *numerus clausus*, ou seja, taxativo.

Ao comentar a hipótese, vale trazer à baila o entendimento de Celso Agrícola Barbi:

> As ações que versem sobre imóveis, mas de caráter obrigacional (*v.g.* locação), podem ser propostas pelo cônjuge sem o consentimento do outro (Barbi, *Coment.*, nº 105, p. 93; Dinamarco, *Reforma*, 18, 47/48). (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1.469).

Com efeito, tendo em vista que o presente caso envolve contrato de locação celebrado entre o antigo

proprietário e a apelante (f. 06/07), não há que se falar em ação real e, por conseguinte, em litisconsórcio passivo necessário.

Logo, prescindível a participação do cônjuge da apelante nesta demanda. Aliás, diga-se de passagem, o cônjuge da recorrente nem sequer participou do contrato de locação, constituindo mais um motivo para rejeitar a sua participação no processo.

Portanto, inexistindo nulidade, rejeita-se a preliminar.

3 - Do mérito.

A apelante sustenta que não foi notificada para exercer o direito de preferência na aquisição do imóvel locado.

A lei de locação constitui exemplo típico de dirigismo contratual, cuja finalidade é intervir na autonomia da vontade por meio de normas cogentes. O dirigismo contratual reduz a liberdade de contratar e a possibilidade de as partes escolherem o conteúdo da avença tendo em vista a necessidade de proteger o direito fundamental à moradia.

Nesse diapasão, os dispositivos contidos na Lei 8.245/91 têm caráter compulsório, vinculando não apenas as partes, mas também terceiros intervenientes na relação material locatícia.

Por tal razão, a Lei de Locação tratou do instituto da preferência que garante ao locatário o direito à prelação na hipótese de o locador alienar o imóvel.

Tal preferência, se inobservada no momento da venda, deve ser exercida por ação própria, desde que satisfeitas as condições dispostas no art. 33 da Lei 8.245/91, *in verbis*:

> Art. 33. O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de 6 (seis) meses, a contar do registro do ato no Cartório de Imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos 30 (trinta) dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

No caso sob julgamento, a presente demanda pleiteia o despejo da locatária, ora apelante, que, mesmo após a notificação judicial e posterior citação, manteve silêncio, possibilitando inclusive a aplicação dos efeitos da revelia.

Nesse diapasão, consta-se que o recurso de apelação não constitui a via processual adequada para discutir o direito de preferência, cabendo à apelante, se desejar, ajuizar ação própria a fim de buscar perdas e danos ou haver para si o imóvel locado.

Relativamente à aplicação do art. 61 da Lei 8.245/91, que confere ao locatário prazo de seis meses para desocupação, melhor sorte não socorre a apelante, uma vez que o pedido de despejo se funda no art. 8º da mesma lei, e não nos dispositivos citados no referido art. 61.

Portanto, deve-se negar provimento ao recurso e manter a sentença.

4 - Dispositivo.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade do processo por falta de citação e nego provimento à apelação.

Condeno a apelante nas custas recursais, ressalvando-se a exigibilidade desta verba, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO BISPO e JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES.

Súmula - CONCEDERAM A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA À APELANTE. REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Nunciação de obra nova - Possuidor - Construção de usina hidrelétrica - Obra concluída - Indenização já paga ao proprietário - Inviabilidade do pedido

Ementa: Ação de nunciação de obra nova. Possuidor. Construção de usina hidrelétrica. Obra concluída. Indenização já paga ao proprietário. Inviabilidade do pedido.

- A nunciação de obra nova destina-se a solucionar conflitos surgidos no confronto do direito de construir com o direito de vizinhança, sendo mister que a construção a ser embargada se realize num imóvel vizinho, moleste o possuidor ou o proprietário, e a ação seja intentada antes que a obra esteja acabada. No entanto, a conclusão da obra não impede a apreciação dos pedidos de indenização por perdas e danos. Aquele que propõe ação de nunciação de obra nova com fundamento no prejuízo que esta venha a causar ao seu prédio deve demonstrar de forma clara o alegado como fato em que repousa o seu direito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.06.296984-6/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Narme Julia Cioqueta Nunes - Apelado: CCBE Consórcio Capim Branco Energia - Relator: DES. DUARTE DE PAULA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2009. - *Duarte de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral pelo apelado o Dr. Euclides Santos Júnior.

DES. DUARTE DE PAULA - Agradeço à apelada o envio do substancioso memorial a que dei a merecida atenção.

Irresignada com a r. decisão que julgou improcedente o pedido constante da ação de nunciação de obra nova por ela aviada em face de CCBE - Consórcio Capim Branco Energia, apela a autora Narme Júlia Cioqueta Nunes, ante os fundamentos alinhados em razões de f. 128/137.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Ingressou a autora com ação de nunciação de obra nova, ao argumento de ser legítima possuidora do imóvel localizado na Fazenda Sobradinho, Município de Uberlândia, possuindo-o por mais de cinco anos, sem qualquer oposição, e que a ré iniciou a construção do complexo energético, devassando o imóvel da autora, sem efetuar indenização pelas benfeitorias edificadas, pelo que requereu a expedição de mandado proibindo a inundação de seu imóvel, de demolição de sua moradia e reconstrução e recomposição dos estragos causados até o momento, ou pagamento de indenização não inferior a oitenta mil reais.

A MM.ª Juíza *a quo* julgou improcedente o pedido, ao entendimento de que a obra já se encontra concluída, e que a área alagada foi desapropriada, com indenização dos proprietários.

Alega a autora, ora apelante, que possui o imóvel há mais de oito anos, ressaltando que a empresa apelada não respeitou sua posse, devendo ser julgado procedente o pedido, determinando à ré que pague a justa indenização à autora pela inundação de seu imóvel, destruição de suas benfeitorias e esbulho de sua posse.

A ação de nunciação de obra nova é ação que compete ao proprietário, possuidor, condômino ou ao Município contra aquele confinante que constrói violando as normas do direito de vizinhança contidas no Código Civil ou as posturas municipais, seja o co-proprietário que execute obra com prejuízo/modificação da coisa comum, seja o particular que construa contra a lei, regulamento ou código de postura (art. 934, incisos I a III, do Código de Processo Civil). Assim a definiu Jorge Americano:

> É a ação tutelar do direito de vizinhança, para impedir a construção de obras que prejudiquem ou invadam o prédio contíguo (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 245).

A ação de nunciação de obra nova tem por finalidade evitar que a obra nova seja concluída, ou tenha prosseguimento, bem como obrigar o responsável por ela a restabelecer o estado anterior, mediante reconstituição, modificação ou demolição do que houver sido feito, independentemente de indenização por perdas e danos.

O exame de todo o contexto probatório não deixa dúvidas de que as obras de construção da usina hidrelétrica já se encerraram, sendo obviamente inviável a pretensão de nunciação à obra concluída, restando ausente o interesse de agir no tocante a esse pedido, subsistindo, no entanto, o exame do pedido de indenização.

Coaduna com esse entendimento o seguinte aresto:

> Ao juiz cumpre, inobstante a carência da ação de nunciação de obra nova, examinar o pedido cumulado, concernente às perdas e danos, quer porque é evidente a autonomia desse, quer porque, limitada que está a sentença a pronunciar-se sobre o pedido do autor, por outro lado, deverá ser completa (*RT* 718/101).

A apelante alega que a implantação das obras de construção da usina Capim Branco, realizadas pela apelada, causou-lhe danos, tais como inundação do imóvel sobre o qual exerce posse mansa e pacífica por mais de cinco anos, pelo que pretendeu indenização no valor de oitenta mil reais.

No entanto, por meio da escritura pública de compra e venda, datada de 12.11.02 (f. 49/54), verifica-se que a ré adquiriu o imóvel objeto da ação de Luiz Ageo Ribeiro de Toledo, proprietário do imóvel, pelo valor de R$ 21.639,65 (vinte e um mil seiscentos e trinta e nove reais e setenta e cinco centavos), constando do parágrafo primeiro da cláusula segunda:

> Que a presente aquisição abrange também todas as benfeitorias, instalações e pertences existentes na gleba acima descrita, as quais poderão, por decisão das outorgadas compradoras, ser demolidas pelos outorgantes vendedores por sua conta e risco e em seus respectivos interesses até o dia 31.07.04. Caso os outorgantes vendedores não efetuem a referida demolição dentro do prazo estipulado, as outorgadas compradoras promoverão a referida demolição sem qualquer aviso ou notificação, dando ao material resultante o destino que melhor lhes convier.

A única testemunha da autora, Jorgina Fernandes Matias, informou à f. 99:

> E ficou sabendo por ela mesma que haviam demolido a casa com os móveis dentro, que não deu tempo dela tirar nada [...] que a depoente não sabe dizer quanto a autora gastou para construir a referida casa.

Ademais, não se trata de obra ilegal, pois que a empresa ré não infringiu dano ao proprietário do imóvel, objeto da lide, uma vez ter agido dentro da legalidade, transferindo o bem para o seu nome, pagando pelo

imóvel e suas benfeitorias, reparando proporcionalmente ao proprietário o prejuízo causado, que se deu por satisfeito e indenizado.

Assim, não vejo na espécie o prolatado prejuízo de que fala a autora apelante, contrariando os termos do art. 333, I, CPC, uma vez que as provas, inclusive a testemunhal, não revelam com exatidão a existência de prejuízo para o imóvel em questão, estando, ao contrário, devidamente comprovado que a construção da hidrelétrica foi realizada de forma regular, dentro dos limites legais.

Pelo exposto, nego provimento à apelação, para manter a r. sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pela apelante, isenta por litigar sob o pálio da gratuidade de justiça.

DES.ª SELMA MARQUES - De acordo.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação anulatória de assembléia extraordinária - Cargo eletivo - Recondução - Interesse de agir

Ementa: Ação anulatória de assembléia extraordinária. Recondução a cargo eletivo. Interesse de agir.

- Verifica-se o interesse de agir na necessidade e na utilidade, em abstrato, de a parte se valer do provimento jurisdicional pretendido para o alcance de seus interesses.

- Mesmo já tendo decorrido o prazo do mandato eletivo ao qual pretendiam os autores da ação anulatória de assembléia extraordinária ser reconduzidos, com a declaração de anulação do referido ato, permanece o interesse de agir, se na reunião foram tomadas decisões que afetam o seu direito subjetivo, deliberando-se pelo seu cumprimento independentemente da permanência destes suplicantes nos cargos antes ocupados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.446983-4/001 EM CONEXÃO COM A APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.403608-2/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Geraldo Vasconcelos e outros - Apelado: Álvaro Antônio da Silva - Relator: DES. OTÁVIO PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2009. - *Otávio Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO PORTES - Conhece-se do recurso, visto que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação anulatória de assembléia geral extraordinária proposta por Geraldo Vasconcelos e outros em face do Conselho Fiscal da Cooperativa dos Servidores Autônomos de Belo Horizonte Ltda., alegando irregularidades no edital de convocação para assembléia a ser realizada em 18 de janeiro de 2007, tendo em vista o estatuto da ré e a Lei 5.764/71, pretendendo a sua anulação, bem como de seus efeitos.

O MM. Juiz *a quo* (f. 338/340), tendo em vista já estar expirado o prazo do mandato para o qual os autores pretendiam ser reconduzidos com a anulação da aludida assembléia, já tendo sido eleita nova diretoria da suplicada, julgou extinto o feito, por falta superveniente de interesse processual, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, condenando os autores no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00, suspensa a sua exigibilidade, na forma do art. 12 da Lei 1.060/50.

Inconformados, apelam Geraldo Vasconcelos e outros (f. 341/346), alegando ainda haver interesse na solução de mérito da lide, haja vista a necessidade de anulação da referida assembléia e de comprovação das nulidades alegadas na exordial, mostrando-se patente a produção das provas requeridas, pugnando, assim, pela reforma da sentença.

Contrarrazões às f. 350/352.

A propósito, insta destacar, com relação à carência da ação por falta de interesse de agir, que, para a eficácia do processo, isto é, para que o demandante alcance o objetivo proposto, obtendo a prestação jurisdicional invocada, não é suficiente que ocorra a validade jurídica da pretensão exposta na exordial, sendo necessário que se cumpram alguns requisitos básicos, sem cuja presença o órgão jurisdicional não estará em situação de enfrentar o litígio e compor definitivamente a demanda.

Ada Pellegrini, Cândido Dinamarco e Araújo Cintra, dissertando sobre o tema, elucidam que, faltando

> [...] uma só que seja das condições da ação, diz-se que o autor é carecedor desta. Doutrinariamente há quem diga que, nessa situação, ele não tem o direito de ação (ação inexistente); e quem sustente que lhe falta o direito ao exercício desta. A consequência é que o juiz, exercendo embora o poder jurisdicional, não chegará a apreciar o mérito, ou seja, o pedido do autor (em outras palavras, não chegará a declarar a ação procedente ou improcedente) (*Teoria geral do processo*, 7. ed., p. 229-231).

Representa o interesse de agir a existência de pretensão objetivamente razoável ou o interesse do autor para obter o provimento desejado, caracterizando-se essa condição da ação em face da necessidade, em tese, de o autor obter a proteção do Poder Judiciário ao direito material que expõe, independentemente de qualquer consideração a respeito da viabilidade meritória do pleito, que será analisada na época adequada.

Esse interesse processual tem suas raízes no art. 76 do Código Civil e 3º da Lei Adjetiva, conferindo esses dispositivos o direito de ação a quem tenha interesse econômico, ou moral, em buscar a tutela estatal para que lhe preste jurisdição no conflito que o está a prejudicar, ensinando J. M. de Carvalho Santos (*Código Civil brasileiro interpretado*, v. 2, p. 242) ser "da natureza da ação procurar reequilibrar as relações de direito, pressupondo, portanto, que este tenha sido violado", e, com base em lição de Espínola, elucida "[...] que o interesse, na acepção processual, consiste na circunstância de se tirar alguma vantagem ou utilidade do exercício ou defesa de uma ação", sintetizando: "Interesse de agir é o proveito ou utilidade que presumivelmente se colherá do fato de propor ou contestar uma ação, no sentido de assegurar ou restabelecer uma relação jurídica" (*Manual*, cit. nº 21).

Assim sendo, não se pode verificar a falta de interesse de agir no caso de a ação anulatória ainda ser necessária para se alcançar o direito subjetivo exposto na exordial.

Nota-se que o pedido feito para a ação foi de nulidade da assembléia extraordinária realizada em 18 de janeiro de 2007, bem como de seus efeitos, ou seja, das deliberações que foram aprovadas pelos representantes da cooperativa ora apelada.

Dentre esses efeitos, devem ser destacadas a determinação de destituição dos autores de seus cargos eletivos na cooperativa por irregularidades administrativas, a devolução de valores pelos mesmos autores aos cofres da entidade, por retiradas indevidas que teriam efetuado como honorários incidentes sobre taxa de administração e a propositura de ação judicial contra os suplicantes, para a cobrança desses valores, na hipótese de não haver a sua restituição voluntária.

Portanto, deve-se verificar que, mesmo tendo expirado o prazo dos mandatos eletivos relativos aos cargos aos quais desejavam os autores ser reconduzidos com a presente ação anulatória, ainda restam outros pedidos que revelam não ter ocorrido a perda superveniente de interesse de agir.

Nota-se que os efeitos da assembléia extraordinária em comento, que também fazem parte do pedido de anulação deste feito, ainda prejudicam direitos subjetivos dos autores, bem como interferem em sua esfera patrimonial, fazendo-se necessária e útil aos mesmos a retomada do andamento da ação na instância de origem e a declaração de mérito nesse sentido.

Insta salientar, finalmente, que, tendo em vista requerimento de ambas as partes no sentido de serem produzidas provas acerca de suas alegações, pedidos estes ainda não analisados em primeiro grau, impossível se revela a utilização por este Tribunal da regra constante do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, não sendo oportuno o conhecimento sobre o mérito da ação nesse momento processual.

Mediante tais considerações, dá-se provimento ao recurso, para que seja cassada a douta decisão de primeiro grau, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para complementação da instrução processual e para que seja proferida decisão de mérito, se assim se verificar necessário.

Custas recursais, ao final.

DES. WAGNER WILSON - De acordo com o Relator.

DES. BITENCOURT MARCONDES - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL. O RELATOR E O REVISOR DAVAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

DES. BATISTA DE ABREU (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 26.11.08, a pedido do Vogal, após o Relator e o Revisor darem provimento ao recurso.

DES. BITENCOURT MARCONDES - Acompanho o eminente Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação cominatória - Condomínio residencial - Vaga de garagem - Alteração - Áreas privativas - Utilização - Impossibilidade

Ementa: Apelação. Ação cominatória. Condomínio residencial. Alteração das vagas de garagem. Utilização de áreas privativas. Impossibilidade. Improcedência do pedido. Manutenção.

- Deve ser mantida a sentença que julga improcedente o pedido de alteração das vagas de garagem de condomínio residencial com a utilização de áreas privativas, porque estas pertencem aos respectivos proprietários das unidades condominiais que não podem sofrer usurpação de seus bens.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.463294-4/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Mônica Daisy Vieira

Araújo - Apelados: Rodiney Gonçalves Seixas, Condomínio Edifício Duval Guimarães, Kelly Regina Cotosck - Relator: DES. AFRÂNIO VILELA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de março de 2009. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Cuida-se de apelação interposta por Mônica Daisy Vieira Araújo contra a r. sentença de f. 354/360 que, nos autos da ação cominatória ajuizada em face dos apelados, Rodiney Gonçalves Seixas e outros, julgou improcedente o pedido da apelante, condenando-a ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais) para cada um, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50. Extinguiu a reconvenção por falta de interesse de agir e condenou o reconvinte/condomínio ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais) para cada um, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Às f. 361/368, a apelante pede a reforma da sentença e a procedência de seu pedido para que seja reconhecido seu direito a uma vaga na garagem do condomínio apelado em condições de uso, procedendo-se a uma nova divisão das vagas existentes. Argumenta sobre a impossibilidade de usar a vaga destinada ao seu apartamento, por ser obstruída pelos demais veículos, o que somente foi constatado após a aquisição do imóvel, e, como utilizava a vaga de outros condôminos, foi multada pelo condomínio, embora tivesse dado sugestões para a solução do problema.

Em contrarrazões de f. 371/376, Rodiney Gonçalves Seixas pede a negativa de provimento ao recurso, ressaltando que é inviável a desocupação da área privativa vinculada à unidade 101, porque lhe pertence, integrando sua fração ideal.

E nas contrarrazões de f. 377/381 e 382/387, os demais apelados também pedem a negativa de provimento ao recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Depreende-se dos autos que a apelante é proprietária da unidade 102 do Condomínio do Edifício Duval Guimarães, segundo o apelado, e devido à dificuldade de utilização de sua vaga de garagem, que seria obstruída pelos veículos dos demais condôminos, pede a alteração das vagas de garagem.

Para tanto, indicou essas três possibilidades: a primeira seria o deslocamento da vaga nº 103 para frente da área privativa da respectiva unidade condominial, liberando a vaga desse imóvel para sua unidade; a segunda seria a alteração da localização do portão da área privativa da unidade nº 101, com a consequente utilização da área liberada como vaga de estacionamento desse imóvel, liberando sua vaga existente; e a terceira consistiria na alteração da localização do portão da área privativa da unidade nº 103, com a transformação da área em vaga.

É inegável que a vaga de garagem vinculada à unidade condominial da apelante é de difícil acesso. Todavia, diante da ausência de prova pericial que indicasse outras soluções que não implicariam utilização das áreas privativas das referidas áreas condominiais, ou prejuízo aos demais condôminos, entendo que a sentença não merece reparos. Isso porque a alteração das vagas de garagem do condomínio somente seria possível com o remanejamento das áreas comuns, porque as áreas privativas das unidades condominiais pertencem aos seus respectivos proprietários. Assim, como propriedade privada, não pode ser usurpada para a finalidade perquirida pela apelante, ainda que beneficiasse a integralidade dos condôminos.

Ademais, consoante os fundamentos da sentença, é inegável que essas áreas influenciaram na fixação do preço do respectivo imóvel, bem como em sua negociação, e seus respectivos proprietários não podem ser compelidos a disporem de seus bens para beneficiar a apelante, que, por sua vez, poderia ter verificado as reais condições de sua vaga antes de adquirir seu imóvel.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCELO RODRIGUES e SELMA MARQUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

. . .

Alimentos gravídicos - Lei nº 11.804/08 - Gravidez - Situação atual - Lei nova - Ação ajuizada anteriormente à sua vigência - Possibilidade de aplicação - Formalismo jurídico - Instrumentalidade das formas - Celeridade processual

Ementa: Direito de Família. Alimentos gravídicos. Lei nº 11.804/2008. Gravidez. Situação atual. Possibilidade de aplicação da lei nova em ação ajuizada anterior-

mente à vigência da referida lei. Formalismo jurídico. Instrumentalidade das formas. Celeridade processual.

- Se antes as disposições concernentes à concessão de alimentos exigiam prova de parentesco ou da obrigação, atualmente, com o advento da Lei nº 11.804/2008, especificamente das disposições contidas em seu art. 6º, para a concessão de alimentos gravídicos, basta a existência de indícios da paternidade. Presumindo-se que a autora ainda está grávida, a situação é atual, pelo que a lei nova não estará retroagindo, não havendo, portanto, falar em impossibilidade jurídica do pedido, pelo único motivo de a ação ter sido ajuizada antes da vigência da Lei nº 11.804/2008. A moderna concepção de processo, sustentada pelos princípios da economia, instrumentalidade e celeridade processual, determina o aproveitamento máximo dos atos processuais, principalmente quando se trata de ação de cunho alimentar e quando não há prejuízo para a defesa das partes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.08.501783-9/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: E.C.F. - Apelado: A.F.M. - Relator: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 26 de março de 2009. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Cuida-se de apelação interposta em face de sentença que extinguiu ação de alimentos "gravídicos" ajuizada por E.C.F., em desfavor de A.F.M.

A autora afirmou que ficou grávida do requerido; todavia, alguns dias após confirmada a notícia, o requerido terminou o relacionamento. Argumentou que sua renda é consumida para manter sua subsistência, sendo que o fato de estar grávida aumentou, em muito, suas despesas mensais, pelo que pugnou pelo recebimento de alimentos no importe de 2 (dois) salários mínimos.

O MP opinou pela realização de audiência de justificação, na qual deve estar presente o requerido para tentativa de conciliação e, em caso negativo, para oportunizar a produção de prova referente ao parentesco alegado.

Por sua vez, o Juiz primevo extinguiu a ação nos termos do art. 267, inciso I, cumulado com o art. 295, inciso I, todos do Código de Processo Civil, concluindo pela impossibilidade jurídica do pedido, pois é pressuposto da ação de alimentos a comprovação do parentesco, nos termos do art. 2º da Lei nº 5.478/68 e do art. 1.694 do CC.

Inconformada, apela a autora, na forma das razões de f. 36/42. Aduz tratar-se de matéria inovadora; no entanto, não se pode deixar que tal fato ofusque os direitos do nascituro, pois a gestante recebe salário mínimo e não está conseguindo arcar com as despesas provenientes da gravidez, passando por sérias dificuldades.

Salienta a existência do Projeto de Lei nº 7.376/06, que aguarda a sanção do Presidente da República, que regulamenta a concessão de alimentos gravídicos. Visto ser inviável a utilização, atualmente, da referida disposição legal, aduz que é notório que o texto constitucional, bem como toda a legislação infraconstitucional pertinente à matéria, têm uma única finalidade: proteger a vida desde a concepção.

Não há falar em contrarrazões, porquanto o apelado nem sequer foi citado.

A d. Procuradoria de Justiça ofertou parecer de f. 64/69, sustentando que, com a edição da Lei nº 11.804/2008, não mais se admite discussão quanto ao cabimento da presente ação, devendo ser cassada a r. sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito. Opina pela conversão do julgamento em diligência, para se averiguar o nascimento da criança, e, no mérito, pelo conhecimento e provimento do recurso, com a cassação da r. sentença recorrida e a determinação de regular processamento do feito.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

O referido projeto de lei, Lei nº 11.804, mencionado pela apelante, disciplinando a pretensão a alimentos gravídicos, foi sancionado e entrou em vigor dia 5 de novembro de 2008, com a seguinte redação:

> Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.
> Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.
> Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.
> Art. 3º (VETADO)
> Art. 4º (VETADO)
> Art. 5º (VETADO)
> Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

> Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.
> Art. 7º O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.
> Art. 8º (VETADO)
> Art. 9º (VETADO)
> Art. 10º (VETADO)
> Art. 11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta lei as disposições das Leis nos 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.
> Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A aludida norma constitui uma verdadeira evolução no direito positivo nacional, uma vez que é patente o fato de que a gravidez acarreta elevadas despesas com alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, entre outras, sendo que, anteriormente à referida lei, a gestante não tinha alternativa, senão arcar com tudo sozinha, para, depois do nascimento do bebê, ajuizar uma investigação de paternidade, com vistas a obter alguma ajuda financeira na mantença do filho.

Antes de sua edição, por algumas vezes, a Justiça já havia se manifestado de acordo com a concessão de alimentos a gestantes, com base no princípio da paternidade responsável, bem como nas demais disposições legais que resguardam o direito à vida, aplicando-se, assim, uma das lições mais belas, proferida pelo magistrado belga Henri de Page:

> Sem dúvida, o juiz, ao interpretar a lei, não pode tomar liberdades inadmissíveis com ela. Mas, de outro lado, não deverá quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O direito é essencialmente uma coisa viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, modificam-se. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e, sim, adaptar-se a ela. Daí resulta que o direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam disciplinar, como ainda as exigências da justiça e a equidade que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo - real, humana, socialmente útil.

De se ressaltar a seguinte decisão, admitindo a concessão de alimentos em favor do nascituro, proferida antes da Lei nº 11.804:

> União estável. Alimentos provisórios. Ex-companheira e nascituro. Prova.
> 1. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes.
> 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos.
> Recurso provido em parte (AI nº 70 017520479 - TJRS - Rel. Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves).

Mas fato é que doutrina e jurisprudência sempre divergiram acerca do tema.

Pontes de Miranda, ainda na década de 50 (cinquenta), em sua obra *Tratado de direito privado* (2. ed., Editora Borsoi, tomo 9, p. 215-216), já se posicionava favoravelmente à possibilidade de concessão de alimentos ao nascituro, *ex vi* o seguinte trecho que ora transcrevo:

> A obrigação alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 397 e 4º), pois, antes de nascer, existem despesas que tecnicamente de destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidariamente fundadas em exigências de pediatra. [...] Durante a gestação, pode ser preciso à vida do feto e à vida do ente humano após o nascimento outra alimentação e medicação. Tais cuidados não só interessam à mãe; interessam ao concebido. Por outro lado, há despesas para roupas e outras despesas que têm de ser feitas antes do nascimento, por exigir a pessoa logo ao nascer.

Por sua vez, Yussef Said Cahali, outro jurista de escol, posiciona-se contra a possibilidade de o nascituro pleitear alimentos ao pai:

> Concebido o nascituro como ser dotado de personalidade civil *in fieri*, a eventualidade do exercício de seus direitos apresenta-se condicionada ao nascimento com vida.
> E, no rigor dessa concepção, já se exclui desde logo seja ele titular atual de alimentos contra o indigitado genitor (*Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: RT, p. 533).

Cahali continua, acrescentando que a questão é controvertida, e cita diversos autores a favor: Oliveira e Cruz, Moura Bittencourt, Silmara Chinelato e Almeida, entre outros.

Em discordância com o aludido autor, penso que a Lei nº 11.804/08 encontra supedâneo justamente no art. 2º do CC, que resguarda os direitos do nascituro: "A personalidade civil da pessoa humana começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Consoante lição de Fabrício Zamprogna Matiello:

> Entre os direitos do nascituro encontram-se os relativos à vida (daí a punição à prática do aborto), à filiação, à herança do pai que falece antes de nascer o herdeiro concebido, a doações feitas em seu favor e a todas as prerrogativas derivadas da personalidade, sujeita à condição suspensiva consubstanciada pelo efetivo nascimento com vida. Não se confirmando este, nenhum direito terá sido adquirido pelo ente, que não se torna pessoa e, portanto, também não

> transmite os direitos que dependiam do fato biológico para se concretizarem (*Código Civil comentado*. 3. ed., Editora LTR, p. 22).

Nesse diapasão, se antes as disposições concernentes à concessão de alimentos exigiam prova de parentesco ou da obrigação, atualmente, com o advento da lei supracitada, especificamente das disposições contidas em seu art. 6º, para a concessão de alimentos gravídicos, basta a existência de indícios da paternidade.

Dessarte, a lei em comento afastou qualquer discussão acerca da impossibilidade jurídica do pedido inicial, nas ações que pretendem alimentos para gestantes.

Havia uma verdadeira lacuna, socorrendo-se os julgadores do sistema jurídico para suprimir a ausência de normas a respeito do tema.

> O direito é uma realidade dinâmica, que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-as, adaptando-as às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, brotando do contexto cultural. A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de modo que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis: juízes e tribunais de forma constante estabelecem novos precedentes e os novos valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida (DINIZ, Maria Helena, *Teoria geral do direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, p. 67).

Não se olvida o fato de que, quando do ajuizamento da presente ação em 11.09.2008, (certidão de f. 20), a referida lei ainda não estava em vigor, inexistindo qualquer norma que disciplinasse a concessão de alimentos para a gestante.

Sobre a questão da intertemporalidade de normas, reza o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil: "A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

A referida disposição legal traduz-se na regra geral da irretroatividade, pela qual não se aplica a lei nova a situações constituídas sob a vigência da lei modificada, que deve ser utilizada sob o fundamento da certeza e da segurança jurídica. Todavia, não há impedimento absoluto à retroatividade da lei, considerada exceção à regra da irretroatividade, desde que a mesma não ofenda o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

No caso em tela, o fato que fundamenta o pedido, qual seja a gravidez da autora, configura situação atual, porquanto é de se presumir que a requerente ainda esteja grávida, ou já tenha dado à luz o filho. Assim, a lei nova não está retroagindo, mas dirimindo uma situação atual, nada obstando a aplicação da referida Lei nº 11.804/2008 ao caso *sub examine*.

Ademais, a moderna concepção de processo, sustentada pelos princípios da economia, instrumentalidade e celeridade processual, determina o aproveitamento máximo dos atos processuais, principalmente quando não há prejuízo para a defesa das partes.

Na verdade, penso que, conforme preleciona Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 7. ed., São Paulo: RT, p. 673): " [...] o processo não pode ser um fim em si mesmo, mas instrumento de realização do direito material ameaçado ou violado".

Pelo exposto e por tudo mais que dos autos consta, outra solução não há, senão cassar a sentença, para determinar o retorno dos autos à instância inferior, devendo o Juiz primevo determinar o regular prosseguimento da ação, afastando a impossibilidade jurídica do pedido.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALMEIDA MELO e JOSÉ FRANCISCO BUENO.

Súmula - CASSARAM A SENTENÇA.

...

Execução - Arrematação pelo credor - Avaliação - Lance inferior - Possibilidade - Preço vil - Não caracterização

Ementa: Execução - Arrematação pelo credor - Lance inferior ao da avaliação - Possibilidade - Preço vil não caracterizado - Improcedência dos embargos à arrematação - Provimento da apelação.

- Na forma do art. 690, § 2º, do CPC, não há vedação para que o exequente, em segunda praça, sem licitantes, arremate o bem penhorado por valor inferior ao da avaliação, contanto que não seja por preço vil.

- Não configura preço vil a arrematação realizada por 60% do valor atualizado da avaliação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.658446-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: José Geraldo de Freitas e sua mulher Maria Célia da Silva Freitas - Apelado: Banco do Brasil S.A. - Relator: DES. BATISTA DE ABREU

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de fevereiro de 2009. - *Batista de Abreu* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BATISTA DE ABREU - José Geraldo de Freitas e Maria Célia da Silva Freitas opuseram embargos à arrematação realizada nos autos da execução proposta pelo Banco do Brasil S.A., alegando que a arrematação do imóvel penhorado possui nulidades, visto que não observou as formalidades do art. 686, VI, do CPC, relativa ao prazo entre uma praça e outra, tampouco a do art. 687, § 5°, a qual diz respeito à intimação pessoal do devedor; que o imóvel foi arrematado pelo próprio credor por R$ 40.100,00, quando a avaliação atualizada alcançou o total de R$ 66.758,59, devendo aquele ser considerado preço vil, pois o deságio de 39,93% causa enorme prejuízo aos executados. Requereram a procedência dos pedidos, decretando-se a insubsistência da arrematação, com a condenação do banco a arcar com o pagamento das custas e honorários advocatícios.

O embargado contestou nas f. 34/36, arguindo, preliminarmente, a intempestividade dos embargos. Quanto ao mérito, disse que os embargos não se fundam em quaisquer das hipóteses previstas no art. 746 do CPC; que o prazo do art. 686, VI, do CPC foi cumprido, não havendo qualquer vício; que os embargantes foram devidamente intimados por edital, não podendo afirmar desconhecimento das praças, na medida em que peticionaram nos autos da execução informando erro nas datas designadas; que o imóvel foi arrematado por 60% do valor da avaliação devidamente atualizado, não se estando diante de preço vil. Pugnou pela improcedência dos pedidos.

A sentença de f. 52/55 rejeitou a preliminar e julgou improcedentes os embargos, ao fundamento de que 'conforme informado na petição inicial, o deságio não teria ultrapassado 40%, sendo de 50% o percentual a partir do qual parte da jurisprudência considera como vil o preço da venda'.

José Geraldo de Freitas e Maria Célia da Silva Freitas interpõem apelação (f. 57/62), ratificando a tese da petição inicial, no sentido de ser nula a arrematação por violação ao art. 686, VI, e art. 687, § 5°, do CPC, bem como por ter-se realizado por preço vil. Requerem o provimento do recurso, para que seja declarada nula ou insubsistente a arrematação.

Contrarrazões às f. 76/79.

Extrai-se dos autos em apenso que o Banco do Brasil S.A. ingressou, em 30.05.00, com ação de execução contra José Geraldo de Freitas e Maria Célia da Silva Freitas, afirmando-se credor da importância de R$ 18.496,12, representada por escritura pública de confissão e composição de dívidas com garantia hipotecária, tendo sido penhorado o imóvel constituído pelo apartamento 501 do Ed. Ary Caldas, situado na Rua Henrique Gorceix, nº 1.704, bairro Monsenhor Messias, avaliado, em 24.11.00, em R$ 45.000,00 (f. 79 do apenso).

Julgados os embargos de devedor, procedeu o credor à adequação do débito à sentença naquele proferida, bem como à sua atualização, alçando o valor exequendo de R$ 11.812,87. Designadas praças para os dias 03.02.05 e 10.02.05, peticionaram os executados na f. 121 chamando a atenção para a inobservância da norma do art. 686, VI, do CPC, ao que o Juízo *a quo* redesignou a segunda praça para 23.02.05, tendo a avaliação do bem constrito sido atualizada para R$ 66.758,59.

Em segunda praça, foi o bem arrematado pelo credor, conforme certidão de f. 138, pelo valor de R$ 40.100,00, o que gerou o inconformismo dos devedores via embargos à arrematação.

Primeiramente, não há falar na violação à norma do art. 686, VI, do CPC, porquanto as praças foram designadas para os dias 03.02.05 e 23.02.05, justamente com o intervalo de vinte dias previsto no dispositivo.

Por outro lado, o oficial de justiça tentou intimar os apelantes da designação da segunda praça oito vezes, dirigindo-se ao endereço onde os mesmos sempre receberam as intimações entre os dias 17 e 23 de fevereiro em horários alternados, o que torna legítima a sua intimação por edital (f. 129/132 e f. 128). De mais a mais, é inequívoco que os executados tinham ciência da data em que se realizaria a segunda praça, visto que a nova designação fora fruto da intervenção dos mesmos, conforme petição já mencionada, de f. 121.

No que toca ao valor da arrematação, registre-se, inicialmente, que não há preceito na lei adjetiva que imponha ao credor a arrematação do bem penhorado por valor não inferior ao da avaliação, impedindo o CPC, tão somente, que se faça por preço vil.

A propósito, a pacífica jurisprudência da Corte Superior:

> Execução. Arrematação. 2ª praça. Participação do credor como arrematante. Preço inferior ao da avaliação. Precedentes da Corte.
> 1. Ambas as Turmas que compõem a 2ª Seção desta Corte entendem possível ao credor participar do leilão, ainda que sem concorrência, e arrematar o bem por preço inferior ao da avaliação, nos termos do art. 690, § 2°, do Código de Processo Civil, não configurado no acórdão preço vil.
> 2. Recurso especial conhecido e provido (STJ - 3ª Turma - REsp 655471/MG - Rel. Carlos Alberto Menezes Direito - j. em 15.09.05 - *DJ* de 1°.02.06, p. 536).

Finalmente, não se vislumbra, na espécie, exagerada desproporção entre o valor de mercado definido pelo oficial avaliador e já atualizado monetariamente - R$ 66.758,59 - e aquele oferecido pelo arrematante - R$ 40.100,00, equivalente a 60,07%, não restando caracterizado o preço vil apto a gerar a nulidade da venda judicial, na forma do art. 692 do CPC.

A respeito dos critérios norteadores da aferição do preço vil, leciona Costa Machado, ao comentar o art. 692:

Preço vil é o diminuto ou desprezível que não guarda a menor sintonia com o valor constante do edital de arrematação (art. 686, VI), que é, via de regra, o declarado pelo perito no seu laudo avaliatório (art. 681, II). Como se vê, a presente disposição legal não estabelece critério objetivo para a definição do que seja preço vil, razão pela qual ao juiz competirá tal definição, caso a caso, segundo seu prudente arbítrio. Consigne-se apenas, como já fizemos anteriormente, que há muito tempo o critério de 50% vem sendo observado por nossos juízes e tribunais, mas, é claro, sem força de imposição legal (*Código de Processo Civil interpretado*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 981).

Novamente, julgado do STJ:

Processo civil. Execução. Arrematação pelo credor. Segunda praça. Possibilidade. Único lanço inferior à avaliação e à dívida. Onerosidade excessiva do devedor. Art. 620, CPC. Não-ocorrência. Preço vil não caracterizado. Precedente da turma. Peculiaridade da espécie. Recurso desacolhido.
I - A caracterização do preço vil depende das peculiaridades da espécie, não havendo um critério único e determinante, o que torna o percentual de sessenta por cento (60%) do valor da avaliação apenas indicativo da excessiva onerosidade do devedor.
II - Sem haver sido caracterizado o preço vil nem a excessiva onerosidade do devedor, não se desfaz a arrematação do imóvel pelo credor, em segunda praça, em único lanço equivalente a 60% (sessenta por cento) do valor da avaliação (STJ - 4ª Turma - REsp 316329/MG - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. em 23.10.01 - *DJ* de 24.03.03, p. 224).

Com tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelos apelantes, observada a gratuidade da justiça que lhes foi deferida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA e OTÁVIO PORTES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Nunciação de obra nova - Servidão de ar e luz - Inexistência - Abandono da causa - Art. 267, III, do Código de Processo Civil - Não ocorrência - Honorários advocatícios - Redução - Impossibilidade

Ementa: Apelação. Abandono da causa. Art. 267, III, do CPC. Inocorrência. Nunciação de obra nova. Servidão de ar e luz. Inexistência. Redução de honorários advocatícios. Impossibilidade. Sentença mantida.

- Não há que se falar em abandono da causa pelo autor, quando não há nos autos comprovação da intimação do mesmo para que desse andamento ao feito, na conformidade do que dispõe o § 1º do art. 267 do CPC.

- Abertas janelas a menos de metro e meio do terreno vizinho e decorrido o prazo previsto no art. 1.302 do Código Civil para a sua impugnação, opera-se a decadência da pretensão ao seu desfazimento, circunstância que não gera, por si só, servidão de luz e ar em favor do seu dono.

- Não há que se falar em redução dos honorários advocatícios da sucumbência, quando a sua fixação se deu em rigorosa consonância com o disposto no § 4º do art. 20 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0377.04.000317-2/001 - Comarca de Lajinha - Apelantes: Ildesio Miranda Costa e outra - Apelados: Sebastião Geraldo da Silva e outra - Relator: DES. ROGÉRIO MEDEIROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 19 de março de 2009. - *Rogério Medeiros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Versam os autos recurso de apelação interposto por Ildésio Miranda Costa e Maria das Graças Santos Costa, inconformados com a r. sentença monocrática de f. 266/271, que julgou improcedentes os pedidos contidos na peça exordial da presente ação de nunciação de obra nova e cumulada com reconhecimento de servidão, que propuseram em face de Sebastião Geraldo da Silva e Maria Aparecida dos Santos Silva.

Alegam os apelantes, em seu recurso de f. 275/280, que, conforme atestam os documentos de f. 07/23, a construção edificada pelos mesmos obedeceu a todos os requisitos legais; que o alvará de licença para que tal construção fosse feita data de 07.01.1975 e que certidão de habite-se data de 27.10.1982; que tal edificação obedeceu rigorosamente à linha divisória relativamente ao terreno dos apelados; que tal construção dispõe de janelas e entradas de ar em seu prédio, desde a época de sua edificação; que o antigo proprietário do terreno onde está se edificando a obra dos apelados cedeu verbalmente e sem maiores formalidades a porção de metro e meio de sua edificação em toda a sua extensão de confrontação; que os recorridos vêm edificando construção que prejudicará todas as entradas de iluminação e ar de seu imóvel; que tal edificação vem des-

cumprindo a legislação atinente à matéria; que merece reforma a decisão do r. Juízo *a quo* que não reconheceu a servidão que aparentemente exercem; que, por estar concluída há mais de 30 (trinta) anos, tal servidão deveria ser reconhecida, impondo-se o afastamento de 1,5 metro da edificação realizada pelos apelados, que, inclusive, está acarretando infiltrações em seu imóvel; que, caso não seja dado provimento à presente apelação, que sejam reduzidos os honorários advocatícios da sucumbência que foram condenados a pagar, pois a sua fixação pelo ilibado Magistrado singular foi excessiva.

Os apelados, em suas contrarrazões de f. 287/288, requerem a apreciação do agravo retido de f. 144, e, caso o mesmo seja desprovido, que seja mantida integralmente a r. sentença monocrática ora vergastada.

Preparo regular, f. 283.

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

a) Agravo retido de f. 144/147.

Os ora apelados, então agravantes, nas suas contrarrazões de f. 287/288, requereram a apreciação do agravo retido de f. 144/147, sob o fundamento de que os ora recorrentes, então agravados, abandonaram o feito, razão pela qual o mesmo deveria ser extinto, sem julgamento de mérito, na conformidade do que determina o art. 267, III, do Código de Processo Civil (CPC).

Vejo que razão não lhes assiste.

É o seguinte o teor da Súmula nº 216, da lavra do Supremo Tribunal Federal (STF): "Para decretação da absolvição de instância pela paralisação do processo por mais de trinta dias, é necessário que o autor, previamente intimado, não promova o andamento da causa".

Donde se pode concluir que não é automática a extinção do feito em tal circunstância, haja vista que tal providência deve ser precedida da intimação pessoal da parte autora, para que dê andamento do processo no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, conforme o disposto no § 1º do referido dispositivo legal, o que não ocorreu, *in casu*.

Mesmo sendo verdadeiro o fato de que os autos ficaram sem movimentação, devido à inércia dos autores, ora apelantes, sem que tivesse havido a intimação pessoal dos mesmos, não há como se aplicar o disposto no supracitado artigo de lei.

A jurisprudência emanada deste Sodalício dá guarida a tal entendimento, *mutatis mutandis*:

> Ementa: Processual civil. Apelação. Ação de busca e apreensão. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Inteligência do art. 267 do CPC. Intimação pessoal. Realização. Abandono de causa. Inexistência. Prevalência dos princípios da instrumentalidade das formas, celeridade, economia processual, efetividade da tutela jurisdicional.
> - Para se extinguir o feito, sem julgamento do mérito, por abandono de causa, nos termos do art. 267, III, do CPC, é necessário que se cumpra a exigência do § 1º do mesmo artigo, qual seja a intimação pessoal da parte, para que supra a falta, em 48 horas.
> - A extinção do processo, por desinteresse ou abandono da causa pelo autor, com fulcro no art. 267, III, c/c o § 1º do CPC, deve ocorrer se a parte autora, embora intimada pessoalmente, deixar de dar o devido prosseguimento ao processo, com manifesta intenção de abandonar a causa, o que não ocorreu nesta seara, devendo o processo civil ser guiado pelos princípios da instrumentalidade das formas, *pas de nullité sans grief*, celeridade, economia processual e efetividade a ser dada à tutela jurisdicional (TJMG - 17ª Câmara Cível - AC nº 1.0701.06.161067-4/001(1) - Rel. Des. Luciano Pinto - j. em 06.11.08 - pub. em 19.11.08).

> Ementa: Apelação cível. Ação de guarda de menores. Ausência da parte autora na audiência de conciliação. Abandono da causa. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Art. 267, III, do CPC. Intimação pessoal. Inocorrência. Extinção de ofício. Impossibilidade. Cassação da sentença. Recurso a que se dá provimento.
> 1. A extinção do processo sem julgamento do mérito, quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, a autora abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias (CPC, art. 267, III), pressupõe a intimação pessoal da autora (CPC, art. 267, § 1º).
> 2. Para que não ocorra a extinção prematura do processo por abandono de causa, então, é imprescindível que a parte seja intimada pessoalmente, na forma supracitada.
> 3. Dá-se provimento ao recurso (TJMG - 4ª Câmara Cível - AC nº 1.0231.07.098471-2/001(1) - Rel. para o acórdão Des. Célio César Paduani - j. em 20.11.08 - pub. em 10.12.08).

> Ementa: Apelação cível. Ação de busca e apreensão. Abandono da causa. Art. 267, III e § 1º, do CPC. Ausência de intimação das partes para suprir a falta em 48 horas. Recurso provido. - A decretação de extinção do processo sem resolução de mérito, por abandono da causa (art. 267, III, do CPC), não poderá ocorrer de imediato, visto que o § 1º do art. 267 do CPC determina que o juiz intime as partes, pessoalmente, para suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas, dando andamento ao feito. Somente após decorrido este prazo sem qualquer manifestação das partes é que será possível a determinação de extinção do processo sem resolução do mérito (TJMG - 14ª Câmara Cível - AC nº 1.0216.07.045234-9/001(1) - Rel.ª Des.ª Hilda Teixeira da Costa - j. em 20.11.08 - pub. em 20.01.09).

Dessarte, pelo que foi exposto acima, nego provimento ao agravo retido de f. 144/147.

b) Mérito.

Em relação ao apelo de f. 275/280, observo que razão não assiste aos apelantes, em sua irresignação em relação à r. sentença monocrática, ora vergastada. Vejamos.

Na questão vertente, os autores, ora apelantes, ajuizaram a presente ação de nunciação de obra nova cumulada com reconhecimento de servidão de luz e ar, objetivando embargar a construção de uma edificação, pelos réus, ora apelados, no terreno vizinho, sob o fundamento de que esta última impedirá a passagem de luz e ventilação nas janelas feitas no imóvel dos primeiros há mais de 30 (trinta) anos.

Alegam os apelantes, ainda, que a parede do imóvel no qual existem as citadas janelas foi construída exatamente sobre a linha divisória que o divide do terreno dos ora apelados, sem que tenha sido observada a distância legal de 1,50 m (um metro e cinquenta centímetros), pois o antigo proprietário do lote ao lado, onde, atualmente, está se edificando a construção dos ora recorridos, assim o permitiu, mas de maneira verbal e sem maiores formalidades.

Batem-se, por fim, sob o fundamento de que a obra realizada pelos apelados desconhece a servidão de ar e luz constituída em relação a tais janelas e que correm o risco de deixarem de auferir uma fonte de renda necessária à sua subsistência, visto que os cômodos onde se situam tais aberturas são alugados para terceiros.

Contudo, como bem lembrou o douto Magistrado singular na fundamentação da r. decisão ora vergastada, verifica-se que não há nos autos qualquer elemento que demonstre a constituição da mencionada servidão de ar e luz em favor dos recorrentes, e, logo, a ilicitude da obra executada pelos apelados.

Em primeiro lugar, registre-se que a modalidade de servidão da qual os apelantes alegam ser possuidores é a não aparente, ou seja, aquela que não se revela por obras exteriores, não existindo sinais visíveis de sua existência.

Sabe-se, também, que a constituição de tal servidão depende de registro na matrícula do imóvel, o que não se constata dos autos, não se prestando para tal fim a alegação de que foram autorizados pelo antigo confrontante há vários anos.

Em segundo lugar, anoto que ainda há que se falar em servidão pelo decurso do tempo em favor dos apelantes mediante usucapião.

Sobre a questão, dispõe o art. 1.302 e parágrafo único do Código Civil, *verbis*:

> Art. 1.302. O proprietário pode, no lapso de ano e dia após a conclusão da obra, exigir que se desfaça janela, sacada, terraço ou goteira sobre o seu prédio; escoado o prazo, não poderá, por sua vez, edificar sem atender ao disposto no artigo antecedente, nem impedir, ou dificultar, o escoamento das águas da goteira, com prejuízo para o prédio vizinho.
> Parágrafo único. Em se tratando de vãos, ou aberturas para a luz, seja qual for a quantidade, altura e disposição, o vizinho poderá, a todo tempo, levantar a sua edificação, ou contramuro, ainda que lhes vede a claridade.

Da interpretação literal de tal artigo de lei, observa-se que, vencido o prazo de ano e dia da conclusão da obra, o vizinho não pode exigir o desfazimento da janela, sacada, terraço, ou goteira sobre o seu prédio, não havendo maior controvérsia sobre esse tópico.

Porém, conforme se infere da parte enfarruscada do supracitado artigo de lei, caso tenham sido abertas janelas a menos de metro e meio do terreno vizinho e tendo decorrido mais de ano e dia da conclusão da obra, pode o vizinho (no caso, os apelados) edificar sua obra regularmente, ainda que vedando a claridade ou a areação em relação ao imóvel daquele que não observou a norma legal. Razão pela qual, no meu entendimento, a decorrência do prazo previsto no art. 1.302 do Código Civil não gera servidão de ar e luz em favor dos ora recorrentes, via usucapião.

O insigne civilista Washigton de Barros Monteiro, em seu recorrente *Curso de direito civil*, discorrendo acerca da norma insculpida no art. 573, § 2º, do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 1.302, parágrafo único, do atual Código, advertia que a existência de vãos para luz - *pro lumine tantum ingrediendo* - não prescreve contra o vizinho, que, a todo tempo, levantará, querendo, a sua casa ou contramuro, ainda que lhes vede a claridade.

Esse entendimento é compartilhado por outro ilustre doutrinador, o festejado mestre Sílvio Rodrigues:

> A tolerância, no que diz respeito a seteiras, óculos etc, não tem maior relevância, pois tais aberturas para luz não prescrevem contra o vizinho, não propiciando, assim, o surgimento de servidão de luz. Por essa razão, aquele pode, a todo tempo, levantar, se quiser, contramuro, mesmo que vede a claridade (*Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, p. 161).

Cumpre salientar que, num gesto evidente de boa-fé, os apelados procederam à construção de um vão, que também pode ser considerado uma espécie de claraboia, para que os cômodos onde se situam as janelas do imóvel dos apelantes em questão não sejam totalmente privados de luz e ar, bem como instalaram no piso onde se situam tais vãos ralos para o escoamento de água.

Veja-se, a respeito o seguinte excerto, extraído do termo de inspeção judicial de f. 134/135:

> Iniciada a inspeção, foi constado que as paredes já foram construídas, deixando-se um vão de 50 cm em frente às janelas do prédio do nunciante, sendo que os vãos dão acesso para o infinito, entrando claridade; existem dois vãos com 50 cm divididos entre três paredes, sendo que nos referidos vãos há um ralo para escoamento de água, sendo que no segundo vão há um cano de escoamento na horizontal, ligando-se a outro vão, isto tudo na parte superior do prédio do nunciado; foi detectado na parte inferior (térreo) que a parede do prédio do nunciado está construída na lateral do prédio do nunciante, não havendo nenhuma distância uma da outra; na parede construída internamente dentro da área de propriedade do nunciado, foram deixadas aberturas para a entrada de ar e claridade, tudo em conformidade com desenhos em anexo (f. 134).

Por sua vez, o laudo pericial de f. 210/212 não discrepa de tais conclusões.

Portanto, não é verdadeira a alegação feita pelos apelantes, contida em f. 278/279, de que a construção feita pelos apelados veda por completo as referidas janelas.

A jurisprudência dá apoio maciço a tal entendimento, *mutatis mutandis*:

> Ementa: Nunciação de obra nova. Abertura de janela. - Não se opondo o proprietário, no prazo de ano e dia, à abertura de janela sobre seu prédio, ficará impossibilitado de exigir o desfazimento da obra, mas daí não resulta seja obrigado ao recuo de metro e meio ao edificar nos limites de sua propriedade (STJ - 3ª T. - REsp 229164/MA - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - j. em 14.10.1999 - pub. em 06.12.1999).
>
> Ementa: Ação de nunciação de obra nova. Construção. Nunciante. Terraço. Distância mínima necessária. Inobservância. Vizinho. Nunciado. Tolerância. Decurso de prazo. Servidão. Inocorrência. Interpretação do art. 576 do Código Civil. - Se o terraço que a nunciante pretende proteger, através da ação de nunciação de obra nova, foi construído com infringência ao recuo mínimo em relação à divisa, mesmo que protegido pelo decurso do prazo a que alude o art. 576 para a sua demolição, não lhe gera servidão de luz, podendo o vizinho nunciado levantar muro, ainda que a construção vede a claridade. O que a lei inadmite é que o lindeiro prejudicado com a abertura da janela, eirado ou varanda, depois de decorrido ano e dia, sem que haja manifestado contra sua abertura, busque a prestação jurisdicional para obter o seu desfazimento (Extinto TAMG - 3ª Câmara Cível - AC nº 2.0000.00.313018-3/000(1) - Rel. Juiz Kildare Carvalho - j. em 13.09.00 - pub. em 23.09.00).
>
> Ementa: Direito civil e processual civil. Nunciação de obra nova. Servidão de luz e ventilação. Inexistência.
> - Publicado o provimento judicial nas férias forenses, o prazo recursal se iniciará no primeiro dia útil seguinte às férias, sendo tempestivo o apelo protocolizado, uma vez que dentro do prazo legal.
> - Não havendo usucapião da servidão de luz e ventilação que entram em abertura construída no limite dos imóveis, conforme a regra do art. 1.302, parágrafo único, do Código Civil, jurídica a construção de muro que vede a ventilação e iluminação (TJMG - 16ª Câmara Cível - AC nº 2.0000.00.486333-0/000(1) - Rel. Des. Mauro Soares de Freitas - j. em 19.04.06 - pub. em 05.05.06).
>
> Ementa: Agravo de instrumento. Ação de nunciação de obra nova. Abertura de janela. Construção de muro. Ausência de servidão.
> 1. A concessão de liminar *initio litis* na ação de nunciação de obra nova não dispensa o exame da incidência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.
> 2. Não obstante respeitáveis entendimentos em sentido contrário, tenho que, abertas janelas a menos de metro e meio do terreno vizinho e decorrido o prazo previsto no art. 576 do CC/1916 para a sua impugnação, opera-se a decadência da pretensão ao seu desfazimento, circunstância que não gera, por si só, servidão de luz e ar em favor do seu dono.
> 3. Recurso a que se dá provimento (TJMG - 15ª Câmara Cível - AC nº 1.0460.07.029253-3/001(1) - Rel. Des. Wagner Wilson - j. em 27.03.08 - pub. em 15.04.08).

Por fim, quanto ao pleito dos apelantes, de redução dos honorários advocatícios da sucumbência, vejo que, igualmente, o mesmo não merece ser acolhido, haja vista que os honorários foram arbitrados pelo douto Magistrado singular em rigorosa consonância com o disposto no § 4º do art. 20 do CPC.

Dessarte, pelos motivos acima expostos, mantendo a r. sentença monocrática de f. 266/271 por seus próprios e excelentes fundamentos, nego provimento à apelação de f. 275/280.

Custas processuais, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

...

Ação negatória de paternidade - Fato novo - Investigação de paternidade - Trânsito em julgado - Exame de DNA - Resultado diverso - Coisa julgada - Relativização - Limites - Direitos da personalidade - Princípio da dignidade da pessoa humana

Ementa: Negatória de paternidade. Fato novo. Ação de investigação de paternidade. Trânsito em julgado. Exame de DNA. Resultado diverso. Coisa julgada. Relativização. Limites. Direitos da personalidade. Princípio da dignidade da pessoa humana.

- O princípio da intangibilidade da coisa julgada não pode se sobrepor ao da dignidade da pessoa humana, de tal modo que, diante de situação concreta, que sinalize, seriamente, com o desacerto de sentença que julgou procedente ou improcedente anterior ação de investigação ou negatória de paternidade, como é o caso de apresentação de exame de DNA com resultado diverso da conclusão do julgado, ou mesmo diante de progresso tecnológico que confira à parte outro método muito mais eficiente para a análise da questão, a discussão da matéria pode ser reaberta em outro processo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0621.04.007982-7/001 - Comarca de São Gotardo - Apelante: P.C.F. - Apelado: A.J.S.F. representado por sua mãe S.A.S. - Relator: DES. ANTÔNIO SÉRVULO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da

ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de março de 2009. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Inconformado com a r. sentença que extinguiu, com julgamento do mérito, a ação negatória de paternidade que propôs em desfavor de A.J.S.F., P.C.F. dela recorreu, através da presente apelação, ao argumento de que não pode ser penalizado por uma paternidade que comprovadamente não é sua.

A Procuradoria-Geral de Justiça, ao entendimento de que o apelante não atacou os fundamentos expostos na sentença, afirma que o recurso não pode ser conhecido, haja vista o descumprimento do art. 514, II, do CPC.

Todavia, a petição recursal, embora extremamente sucinta e pobre em argumentos, contém, sim, os fundamentos de fato e de direito em razão dos quais o apelante se insurgiu contra a sentença, que seria a existência de dois exames de DNA, que comprovariam que ele não seria o pai biológico do apelado, circunstância que, obviamente, causa perplexidade.

No mais, imperioso ressaltar o princípio segundo o qual *jure novit curia*.

Pelo exposto, rejeito a preliminar e conheço do recurso, presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Vencido esse ponto, a respeito da coisa julgada, dispõe o art. 468 do Código de Processo Civil, de forma categórica, que: "A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas".

Ao dissertar sobre o fundamento da autoridade da coisa julgada, Humberto Theodoro Junior leciona que

> [...] as qualidades que cercam os efeitos da sentença, configurando a coisa julgada, revelam a inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica.
>
> É, em última análise, a própria lei que quer que haja um fim à controvérsia da parte. A paz social o exige. Por isso também é a lei que confere à sentença a autoridade da coisa julgada, reconhecendo-lhe, igualmente, a força da lei para as partes do processo.
>
> Tão grande é o apreço da ordem jurídica pela coisa julgada, que sua imutabilidade não é atingível nem sequer pela lei ordinária garantida que se acha a sua intangibilidade por preceito da Constituição Federal (art. 5º, XXXVI) (*Curso de direito processual civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 529-530).

Portanto, justamente para colocar um fim aos litígios, conferindo paz à sociedade, que, de outra forma, não a teria, pois que as partes se veriam eternamente vinculadas às demandas, em intermináveis contendas, a par da insegurança jurídica que tais situações criariam, é que a lei disciplinou a coisa julgada.

Com efeito, a coisa julgada, que se traduz na legislação processual civil pátria na imutabilidade conferida à sentença que, tendo julgado total ou parcialmente a lide, transitou em julgado, é uma imposição social, visto que o contrário geraria de fato o caos na ordem jurídica e na própria sociedade, perdendo o Poder Judiciário a sua função de pacificador social.

Por isso é que à intangibilidade da coisa julgada não importa a justiça ou a injustiça da decisão, o seu acerto ou desacerto, que deverão ser discutidos enquanto o processo está em tramitação, salvo nos casos taxativamente dispostos no art. 485 do CPC, casos estes cujo exame é imprescindível para a propositura da ação rescisória.

Todavia, em se tratando de ações em que se discute o estado da pessoa, em situações cuja manutenção da coisa julgada causa enorme perplexidade, na medida em que foge à verdade real posteriormente apresentada, outro princípio constitucional de maior importância se alevanta, solapando a sobredita intangibilidade da coisa julgada.

Cuida-se do princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui, de acordo com o inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como o Estado Democrático de Direito.

Note-se que a atribuição da paternidade (ou a sua negativa) é, sem dúvida, um direito da personalidade, que reflete, de maneira cabal e direta, na dignidade da pessoa humana, visto que todos têm direito de conhecer suas origens, de saber quem são seus verdadeiros parentes consanguíneos e, principalmente, qual é sua verdadeira identidade. *A contrario sensu*, todos têm direito de saber quem são realmente seus filhos, mormente se aqueles que lhe foram impostos de fato o são.

Daí a necessidade de se olhar com mais cuidado, analisando caso a caso a coisa julgada nas ações de investigação ou negatória de paternidade, sendo imperioso repeli-la ante uma nova circunstância, que deixe claro o possível desacerto da decisão anterior ou mesmo que a ponha seriamente em dúvida em face do progresso tecnológico até então inexistente. Do contrário, estar-se-ia privilegiando o princípio da coisa julgada em prejuízo ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Esse tem sido o posicionamento deste eg. Tribunal, se não, veja-se:

> Ementa: Ação declaratória de inexistência de parentesco. Perfiliação reconhecida por força de investigatória sem realização de perícia genética. Exame de DNA realizado posteriormente. Exclusão da paternidade configurada. Ausência de coisa julgada. Recurso desprovido (Ap. Civ. nº 1.0431.03.001433-3/001 - j. em 22.09.05 - Rel. Des. Isalino Lisbôa).

E mais:

Ementa: Apelação cível. Ação negatória de paternidade cumulada com retificação de registro civil e exoneração de pensão alimentícia com pedido de antecipação de tutela. Ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos interposta anteriormente e julgada procedente. Reconhecimento da paternidade. Trânsito em julgado da sentença que reconheceu a paternidade. Realização posterior do exame de DNA. Resultado negativo. Prova da verdade real. Relativização da coisa julgada. Sentença reformada.
1. Não se pode negar que o instituto da coisa julgada existe com a finalidade de dar segurança às relações jurídicas, o que explica a natural oposição de dificuldades às pretensões relativamente à sua ruptura.
2. Ocorre que, nas ações de estado, - estado de pessoa - como a ação de negativa de paternidade, após a evolução, não só no âmbito da ciência médica, mas também no da jurídica, em decorrência do advento do exame de DNA, a coisa julgada sofreu justificável e oportuna atenuação em seus rigores, resultante da imperiosa necessidade do reconhecimento da verdade real emanada daquele exame genético, ensejando, via de conseqüência, a relativização da coisa julgada.
3. Uma vez que o moderno processo legal tem como objetivo a busca, sempre que possível, da verdade real, quando essa verdade não foi anteriormente encontrada, dada a impossibilidade de realização do exame de DNA, também não pode o Judiciário, em casos como estes, decidir ao argumento da existência da coisa julgada, indeferindo a inicial de plano.
4. Recurso a que se dá provimento (Ap. Civ. 1.0079.04.172527-0/001 - Rel. Des. Batista Franco).

Ainda:

Ementa: Ação negatória de paternidade c/c retificação de registro público. Mitigação da coisa julgada. Possibilidade. Condição estabelecida judicialmente. Posterior realização de exame de DNA. Exclusão científica da paternidade.
- Se fica demonstrado que o autor registrou a menor como sua filha em decorrência de decisão judicial não fundada em exame de DNA, mostra-se perfeitamente cabível a anulação deste reconhecimento no caso de posterior produção de perícia genética, que comprove não ser o autor o pai biológico da ré.
- As ações de estado são imprescritíveis, admitindo-se a mitigação do instituto da coisa julgada nos casos em que a paternidade foi declarada sem amparo no laudo genético (Ap. Civ. nº 1.0342.04.051806-6/001 - j. em 08.05.07 - Rel. Des. Wander Marotta).

Também o col. STJ já decidiu:

Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido.
I - Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível, nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.
II - Nos termos da orientação da Turma, 'sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica em matéria de prova está na substituição da verdade ficta pela verdade real.
III - A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas, e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade.
IV - Este tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum' (Recurso Especial nº 226436/PR - STJ - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - *DJU* de 04.02.02, p. 370).

Então, como se disse, o princípio da intangibilidade da coisa julgada não pode se sobrepor ao da dignidade da pessoa humana, de tal modo que, diante de situação concreta, que sinalize, seriamente, com o desacerto de sentença que julgou procedente ou improcedente anterior ação de investigação ou negatória de paternidade, como seria o caso de apresentação de exame de DNA com resultado diverso da conclusão do julgado, ou mesmo diante de progresso tecnológico que confira à parte outro método muito mais eficiente para a análise da questão, a discussão da matéria pode ser reaberta em outro processo.

Esse é exatamente o caso dos autos, pois que o apelante, alguns anos depois de declarado pai do apelado em ação de investigação de paternidade, onde não teve condições financeiras de realizar o exame, acabou por se submeter ao DNA, no ano de 2004, ocasião em que teve a sua paternidade excluída, consoante documentos de f. 10/14.

Note-se que o apelante, na ação de investigação de paternidade contra ele proposta, não se recusou a se submeter ao exame de DNA, mas apenas não se ofereceu para pagá-lo, por falta de condições para fazê-lo.

Diante disso, forçoso reconhecer, na hipótese que ora se apresenta, a relativização da coisa julgada, e, por conseguinte, a possibilidade do novo julgamento, com o exame de todas as provas até então colhidas.

Impende destacar que o processo já se encontra maduro, em condições de imediato julgamento, razões pelas quais passarei ao imediato julgamento da lide, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC.

A questão é de muito fácil desate, na medida em que as provas colhidas nos autos da ação investigatória de paternidade não são fortes o bastante para se sobreporem aos dois exames de DNA colhidos, um extrajudicialmente e o outro, durante a instrução do feito, com todos os cuidados que cercam uma prova pericial, onde ambos negaram a paternidade do apelante.

A bem da verdade, o exame colhido extrajudicialmente, e corroborado pela prova pericial, jogou uma pá de cal em todas as demais provas colhidas nos autos da ação de investigação de paternidade, não deixando dúvidas acerca da paternidade do apelado.

Assim sendo, a procedência do pedido inicial, com a regularização da questão da paternidade, inclusive com a exoneração da pensão alimentícia, é medida que se impõe.

Mediante tais considerações, rejeito a preliminar e dou provimento ao recurso, para, com fincas no art. 515, § 2º, reformar a sentença, a fim de julgar procedentes os pedidos iniciais, para declarar a nulidade do registro de filiação paterna, determinando a retirada do nome do apelante do registro de nascimento do apelado, bem como para exonerar o apelante do pagamento da pensão alimentícia a que foi condenado na ação de investigação de paternidade, invertendo-se os ônus sucumbenciais, observado o art. 12 da Lei 1.060/50.

Custas, pelo apelado, observado o art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ERNANE FIDÉLIS e MAURÍCIO BARROS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Fraude à execução - Decisão declaratória - Doação de usufruto posterior ao ajuizamento da execução - Configuração de fraude - Doação ineficaz - Decadência - Não ocorrência

Ementa: Processo civil. Agravo de instrumento. Prejudicial. Decadência. Inocorrência. Decisão declaratória. Execução. Doação de usufruto. Fraude configurada. Doação ineficaz. Decisão mantida.

- Em se tratando de fraude à execução, a decisão que a pronuncia tem natureza preponderantemente declaratória e, como cediço, as decisões declaratórias, em que se busca tão somente uma certeza jurídica, não sofrem influência do tempo, nem sequer têm prazo de exercício fixado em lei, de sorte que não se sujeitam à prescrição ou à decadência.

- Diante da verificação da doação de usufruto posterior ao ajuizamento da ação de execução, da citação válida do executado e, ainda, do registro da demanda executiva junto à matrícula do imóvel, mister seja reconhecida a ocorrência de fraude à execução com a consequente declaração de ineficácia do ato.

Rejeita-se a prejudicial de mérito e nega-se provimento ao recurso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0702.98.008374-6/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Adilson Cleber de Faria - Agravado: Wilson Ferreira - Relator: DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de março de 2009. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - O agravante alegou que ocorreu a decadência do direito invocado pelo agravado, uma vez que a doação do usufruto considerada ineficaz pela Magistrada singular ocorreu em julho de 2002 e a alegação de fraude deu-se em fevereiro de 2008, sendo de 4 (quatro) anos o prazo de decadência para pleitear a anulação de atos translativos de domínio, conforme preceitua o art. 178, inciso II, do CC/2002.

Compulsando os autos, verifica-se que a doação do usufruto do imóvel objeto da lide foi feita pelo executado, ora agravante, a seus filhos menores, após o ajuizamento da demanda executiva.

A norma prevista no art. 178, inciso II, do Código Civil de 2002 refere-se, tão somente, às hipóteses de fraude contra credores, em que se busca anular o negócio jurídico mediante a chamada "ação pauliana".

Difere o caso dos autos da arguição que se funda na alegação de fraude à execução, cujos pressupostos estão enumerados no art. 593 do CPC. Assim, cuidando-se de fraude à execução, a decisão que a pronuncia tem natureza preponderantemente declaratória e, como cediço, as decisões declaratórias, em que se busca tão somente uma certeza jurídica, não sofrem influência do tempo, nem sequer têm prazo de exercício fixado em lei, de sorte que não se sujeitam à prescrição ou à decadência.

Por esse motivo, rejeito a prejudicial de mérito e, consequentemente, conheço do recurso interposto, uma

vez constatados os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade recursal.

Mérito.

Insurge o Sr. Adilson Cleber de Faria contra a r. decisão que indeferiu o pedido de penhora do exercício do direito de usufruto do imóvel rural adquirido pelo agravante em nome de seus filhos menores e que reconheceu a nulidade da doação do usufruto perpetrada pelo executado Sr. Adilson Cleber de Faria e sua esposa Sra. Maritelma Santos de Faria a seus filhos menores, proprietários do imóvel em questão.

Em suas razões recursais, alega o agravante que não há possibilidade de se declarar a fraude à execução, ante a inexistência de averbação da ação ou de penhora junto ao cartório competente.

Pois bem. Compulsando os autos, entendo que deve ser mantida incólume a r. decisão combatida. Se não, vejamos.

Diante da verificação da doação posterior ao ajuizamento da ação de execução e da citação válida do executado, a Magistrada singular declarou ineficaz a doação feita pelo devedor executado Sr. Adilson Cleber de Faria e sua mulher Sra. Maritelma Santos de Faria a seus filhos menores.

Em resumo, a demanda executiva foi ajuizada em 28.08.98, a citação válida do executado ocorreu em 29.12.98 e a doação do usufruto foi realizada em 10.07.02, restando constatada, portanto, a fraude à execução.

Descabidas as insurgências do agravante, dada à clareza da ocorrência de fraude à execução pela doação do imóvel após o ajuizamento da demanda executiva.

Dispõe o art. 593 do CPC que se considera fraude à execução a alienação ou oneração de bens, quando ao tempo, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

Nesse sentido, o processualista Cândido Rangel Dinamarco afirma que:

> Aí está a grande importância da inovação trazida nesse novo parágrafo: sem ter sido feito o registro, aquele que adquirir o bem presume-se não ter conhecimento da pendência de processo capaz de conduzir o devedor à insolvência. A publicidade dos atos processuais passa a ser suficiente como regra presuntiva de conhecimento. A conseqüência prática dessa nova disposição será a inexistência de fraude à execução capaz de permitir a responsabilidade patrimonial do bem alienado, sempre que a penhora não esteja registrada no cartório imobiliário (CPC, art. 593, inc. II). Se o adquirente opuser embargos de terceiro e não se caracterizar o conhecimento da penhora por outro meio, seus embargos procederão (*A reforma do Código de Processo Civil*, n. 211-212, p. 247-248).

No caso sob análise, como salientou a douta Magistrada monocrática em sua bem laçada decisão, não restam dúvidas quanto ao registro da ação de execução junto à matrícula do imóvel dando ciência a terceiros da propositura da demanda, em momento anterior à doação do bem imóvel (R-3-10.201).

Ademais, tratando-se de doação feita pelo executado a seus filhos, patente se mostra a intenção de fraudar a execução contra ele em curso.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. decisão hostilizada.

Custas recursais, pelo agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OTÁVIO PORTES e WAGNER WILSON.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

. . .

Ação civil pública - Repasse de verbas à associação beneficente - Idosos do Município - Atendimento médico e farmacêutico - Formulação de políticas públicas - Obrigação de fazer - Separação dos Poderes - Violação ao preceito constitucional - Pedido juridicamente impossível - Processo - Extinção sem julgamento do mérito - Art. 267, VI, do Código de Processo Civil

Ementa: Ação civil pública. Repasse de verbas à associação beneficente, formulação de políticas públicas para atendimento dos idosos do município e atendimento médico e farmacêutico aos idosos necessitados. Obrigação de fazer. Violação ao princípio constitucional da separação dos poderes. Pedido juridicamente impossível. Extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI, do CPC).

- A pretensão consistente nas obrigações de fazer, de determinar ao poder público o repasse de verbas à associação beneficente, de formular prioritariamente políticas públicas para atendimento dos idosos do Município e de prestar atendimento médico e farmacêutico aos idosos necessitados, esbarra em objeto juridicamente impossível, pois indeterminado e abstrato, genérico e indiscriminado o provimento pretendido, a exigir comando judicial de natureza eminentemente administrativa, com ingerência indevida em seara imprópria, a vulnerar o princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CR).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0049.07.011732-7/001 - Comarca de Baependi - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais; 2º) Município de Baependi -

Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Município de Baependi - 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 REFORMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 24 de março de 2009. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentação oral, pelo primeiro e segundo apelantes, os Doutores César Antônio Cossi e Rogério Augusto Libânio Pereira, respectivamente.

DES. GERALDO AUGUSTO - Em obediência ao disposto no art. 475 do CPC, submete-se, de ofício, a sentença ao reexame necessário.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do Município de Baependi, pretendendo que seja o requerido condenado ao cumprimento de obrigações de fazer, consistentes no repasse indefinido de verbas à Associação Beneficente Lar Padre Vítor, previstas na Lei Municipal 2.642/05, na formulação prioritária de políticas públicas para atendimento dos idosos do Município, além do atendimento médico e farmacêutico aos idosos necessitados e aos abrigados no Asilo Padre Vítor.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para determinar ao Município de Baependi que, no exercício orçamentário posterior ao do trânsito em julgado da decisão, promova o repasse do valor de R$ 20.000,00 anuais, em 12 parcelas mensais e iguais, até o 10º dia de cada mês, ao Asilo Padre Vitor, julgando, por consequência, extinto o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC (f. 149/156).

Inconformado com a decisão, recorre o autor às f. 158/164, alegando, em resumo, que o Judiciário não pode pronunciar decisão que se aproxima do *non liquet* por entender que os direitos assegurados aos idosos são de fiscalização tormentosa; que o Estatuto do Idoso, de forma cogente, determina a formulação e execução de políticas sociais públicas específicas; que as diretrizes nacionais e estaduais não alcançam as peculiaridades de Baependi no trato aos idosos, o que somente será feito pelo desempenho do Conselho Municipal e com a adoção de estratégias próprias e adequadas.

Irresignado, também recorre o réu às f. 165/169, aduzindo, em síntese, que os repasses estariam condicionados à disponibilidade financeira, conforme ressalvado no próprio texto da lei, havendo indevida ingerência do Judiciário no Legislativo e no Executivo.

Examina-se o recurso necessário.

Como se sabe, o Estado tem o dever constitucional de promover programas de assistência integral à proteção dos idosos, especialmente àqueles que se encontram em situação de risco, que inegavelmente detêm o direito de ser amparados pelo Poder Público (art. 230 da CR).

No caso específico dos autos, a pretensão consistente nas obrigações de fazer formulada pelo Ministério Público, de se determinar ao poder público que repasse verbas à Associação Beneficente Lar Padre Vítor, de formular prioritariamente políticas públicas para atendimento dos idosos do Município de Baependi, além de prestar atendimento médico e farmacêutico aos idosos necessitados e aos abrigados no Asilo Padre Vítor (f.10/11), constitui ingerência genérica na administração pública.

Ora, ao Poder Judiciário não cabe substituir o legislador e nem o administrador, pois em sua missão constitucional não se insere o controle das leis e dos atos pelo critério político, do qual deve se distanciar.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

> Recurso especial. Ação civil pública com preceitos cominatórios de obrigação de fazer. Discricionariedade da municipalidade. Não-cabimento de interferência do Poder Judiciário nas prioridades orçamentárias do município. Conclusão da Corte de origem de ausência de condições orçamentárias de realização da obra. Incidência da Súmula nº 07/STJ. Divergência jurisprudencial afastada. Ausência de prequestionamento de dispositivos do ECA apontados como violados.
> Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo.
> Na lição de Hely Lopes Meirelles, 'só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica - lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo'.
> Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada.
> Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido 'demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do Município'.

[...]
Recurso especial não provido (REsp 208893/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, j. em 19.12.03, *DJ* de 22.03.04, p. 263).

Administrativo. Processo civil. Ação civil pública.
1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.
2. Impossibilidade de o Juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infraestrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.
3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.
4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.
5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.
6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.
7. Recurso provido. (REsp 169876/SP, Rel. Min. José Delgado, j. em 16.06.98, *DJ* de 21.09.98, p. 70).

Outro não é o entendimento deste TJMG:

Ação civil pública. Construção de abrigo destinado a crianças e adolescentes. Princípio da separação dos poderes. Atos de governo. Impossibilidade de destinação de verbas com finalidade específica em orçamento público. A construção de abrigo para menores diz respeito à conveniência e oportunidade administrativas, não cabendo a intervenção do Judiciário para impor, na lei orçamentária municipal, verba específica para tal obra (arts. 165 e 167, IV, CF). Se o pedido da ação civil pública é genérico no sentido da condenação do Município a que destine verbas no orçamento para fins específicos, há clara ofensa ao princípio da separação de poderes. O Judiciário não pode formular políticas públicas, que constituam matéria sob 'reserva de governo' - ou que consubstanciem atos funcionalmente políticos (Ap. Cível nº 1.0704.01.000149-0/001, Rel. Des. José Francisco Bueno, j. em 30.06.05, p. em 19.08.05).

No caso específico dos autos, embora o primeiro pedido - repasse de verbas à Associação Beneficente Lar Padre Vítor -, revele-se viável, em princípio, de ser anotado que se trata de expediente que exige a existência de disponibilidade financeira, como ressalvado na própria Lei Municipal 2.642/05, em seu art. 3º (f. 78/79).

Outrossim, as demais pretensões do autor - formulação prioritária de políticas públicas para atendimento dos idosos do Município de Baependi e atendimento médico e farmacêutico aos idosos necessitados e aos abrigados no Asilo Padre Vítor - esbarram em objeto juridicamente impossível, exigem comando judicial de natureza eminentemente administrativa, com ingerência indevida em seara imprópria e poderiam vulnerar o princípio da separação dos Poderes previsto na Constituição da República (art. 2º).

Evidente que, havendo situações concretas e específicas de idosos em situação de risco, o Município há que tomar as providências para prestar o adequado atendimento; mas daí a condená-lo a formular políticas municipais de atendimento aos idosos, além do atendimento médico e farmacêutico aos idosos necessitados, segue uma longa distância e que há de ser mantida, porque não podem ser ditadas pelo Poder Judiciário as regras e prioridades da Administração, de acordo com o peculiar interesse local, sob pena de usurpação de função.

Conforme a doutrina:

Quando a lei autoriza que na ação civil pública o objeto possa ser, como regra, condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, não se pode pretender, a nosso ver, que seja a ação o remédio para todos os males encontrados na coletividade. Certamente que há, algumas vezes, dificuldade em demarcar o limite dentro do qual o pedido é possível juridicamente, quando visa à proteção dos direitos coletivos e difusos. É que, levada ao extremo a possibilidade de invocar, em qualquer caso, a tutela jurisdicional, invadindo, de modo indevido, a função administrativa, com ofensa, por conseguinte, ao princípio da separação de Poderes, insculpido no art. 2º da Carta em vigor.
Apesar da inegável dificuldade na demarcação, temos entendido que o pedido, principalmente no caso de se tratar de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, é juridicamente possível quando estiver preordenado a determinada situação concreta, comissiva ou omissiva, causada pelo Estado, da qual se origine a violação aos interesses coletivos ou difusos. Em contraposição, não se pode considerar possível juridicamente o objeto da ação se o autor postula que a decisão judicial, acolhendo sua pretensão, condene o Poder Público ao cumprimento, de forma genérica, abstrata, inespecífica e indiscriminada, de obrigação de fazer ou não fazer.
Assim, é possível juridicamente que o autor da ação civil pública pleiteie seja o Município obrigado a efetuar reparos em certa sala de aula, em virtude de situação degenerativa que venha provocando ameaça à integridade física ou mesmo à vida dos alunos que diuturnamente nela permaneçam. Já não teria possibilidade jurídica o objeto que pretendesse que um Estado fosse condenado a cumprir, genérica e indiscriminadamente, a obrigação de dar segurança pública a todos os cidadãos. Na primeira hipótese, o objeto é concreto e o interesse sob tutela é plenamente definido, ainda que não se possa identificar com precisão todos os seus titulares. Na última, ao contrário, a sentença, se acolhesse o pedido, estaria obviamente invadindo o poder de gestão da Administração, sabido que os serviços públicos coletivos reclamam vários requisitos, como recursos orçamentários, atendimento a planos de prioridade administrativa, criação de cargos públicos, realização de concursos etc. A decisão, nesse caso, estaria enveredando nas linhas de

gestão próprias dos órgãos administrativos (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen & Júris, 2001, p. 80/81).

Nas circunstâncias, a pretensão do Ministério Público esbarra no princípio da separação dos Poderes, com ingerência indevida de um em outro, ferindo a independência e a harmonia que deve existir entre os mesmos.

No mesmo sentido é o precedente desta Câmara:

> Ação civil pública. Ministério Público. Interesses coletivos. Legitimidade. Obrigação de fazer. Matrícula de crianças de 0 a 6 anos na rede pública. Pedido juridicamente impossível.
> [...]
> Contudo, a pretensão consistente na obrigação de *facere* formulada pelo Ministério Público, de matrícula imediata, de todas as crianças de 0 a 3 anos em creches e de 4 a 6 em pré-escola da rede escolar pública Municipal, esbarra em objeto juridicamente impossível, pois indeterminado e abstrato, genérico e indiscriminado o provimento pretendido, a exigir comando judicial de natureza eminentemente administrativa, com ingerência indevida em seara imprópria, a vulnerar o princípio da separação dos Poderes, insculpido na Carta Magna (art. 2º) (Ap. Cível nº 1.0000.00.271945-8/000, Rel. Des. Geraldo Augusto, j. em 10.09.02, p. em 21.02.03).

Com tais razões, em reexame necessário, reforma-se a sentença, para julgar extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, ante a impossibilidade jurídica do pedido. Prejudicados os recursos voluntários.

DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Senhor Presidente.

Dei a devida atenção a ambas as sustentações orais. A elegância e a ética com que foram produzidas chamaram a minha atenção, não que não seja o usual, mas quando assim se sobressaem, merecem de nós, Julgadores, todo o apoio e agradecimento.

Acompanho o eminente Relator na integralidade do seu voto.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Também estive atento às sustentações orais, mas peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR E A REVISORA, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMANDO A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 10.03.09, a pedido do Vogal, após votarem o Relator e a Revisora, em reexame necessário, reformando a sentença, prejudicados os recursos voluntários.

Com a palavra, o Des. Alberto Vilas Boas.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - No âmbito da inicial, o Ministério Público objetiva compelir o Município de Baependi a repassar, de forma perene, a quantia de vinte mil reais anuais à Associação Beneficente Lar Padre Vítor; de formular políticas públicas municipais destinadas ao atendimento dos idosos e disponibilizar atendimento médico e farmacêutico aos abrigados no aludido asilo.

Após regular contraditório, deferiu-se somente o pedido relativo ao repasse da quantia em dinheiro e, em sede de reexame necessário, julgou-se extinto o processo por impossibilidade jurídica do pedido.

Em face do conteúdo dos apelos e das sustentações orais, bem como do pronunciamento do Relator, solicitei vista dos autos para a devida análise.

Enfatizo, inicialmente, que não comungo da argumentação contida no voto do Relator quanto à caracterização da carência de ação, pois, na realidade, ao aplicar a regra da separação de poderes, examinou-se o mérito da causa e decidiu-se que a intervenção do Poder Judiciário não poderia ser ampla como a requerida pelo autor.

Dessa forma, o contexto das argumentações desenvolvidas pelas partes envolveu a própria existência do direito material, na medida em que se pretende obrigar o poder público a efetuar o repasse de quantia em dinheiro, promover a assistência médico-farmacológica e realizar políticas públicas em favor dos idosos da Comarca.

Feita essa ressalva, reconheço que o pedido relativo à efetivação de políticas públicas pelo réu implicaria permitir que o Poder Judiciário passasse a dispor da discricionariedade própria do Poder Executivo, a quem notoriamente compete efetuar a macro gestão administrativa em face dos interesses dos idosos.

Em outras palavras, a noção de moderação que se extrai da aludida regra constitucional no que concerne à convivência entre os poderes do Estado seria posta de lado para permitir que o Poder Judiciário exercesse uma atividade que não lhe pertence e que consistiria em ditar a forma de atuação do administrador.

Aliás, a manifestação da municipalidade à f. 19 e seguintes dos autos atesta a existência de diversos programas de saúde que atendem aos idosos de Baependi, e, dessa forma, não se pode dizer que inexista política pública quanto aos direitos essenciais dessa classe de pessoas.

Não comungo, ainda, do entendimento segundo o qual seja possível ordenar ao réu o pagamento de quantia equivalente a vinte mil reais anuais ao estabelecimento mencionado na inicial, na medida em que a subvenção social realizada por intermédio de leis municipais de 2005 e 2006 era temporalmente certa e determinada.

Com efeito, não é razoável obrigar o Município a subvencionar o asilo para idosos de forma indefinida, em

razão de as normas locais somente admitirem a liberação dos recursos de acordo com as disponibilidades financeiras.

Outrossim, é juridicamente discutível engessar a atribuição do Município de formular a política orçamentária e pré-definir qual o valor que deverá ser contemplado a determinada entidade jurídica para viabilizar o tratamento dos idosos.

Por fim, sobra para análise a questão relativa ao fornecimento de remédios e atendimento médico e, nesse particular, em face da qualidade da prova apresentada, não é possível acolher o pedido.

Com efeito, obtém-se do depoimento de f. 121 - prestado por Helder Vilela Siqueira, Secretário Municipal de Saúde - que o Município de Baependi disponibiliza atendimento aos idosos, inclusive mediante a designação de médicos do Programa de Saúde da Família. Há, inclusive, um programa de atendimento preventivo aos idosos.

Dentro desse contexto e em face da ausência de outros elementos probatórios idôneos, não é possível afirmar que inexista o fornecimento de medicamentos e atendimento clínico aos idosos abrigados no citado asilo.

Ao lado de a competência do Município para oferecer medicamentos ser limitada àqueles de natureza básica, a qualidade da prova oferecida pelo autor é deficiente e impede que se examine, com a devida profundidade, a existência ou não de serviços de atendimento aos idosos na aludida Comarca.

Fundado nestas razões, em reexame necessário julgo improcedentes os pedidos, prejudicados os apelos voluntários.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

...

Mandado de segurança - Servidor público municipal - Demissão - Processo administrativo disciplinar - Encerramento da instrução - Nomeação posterior de defensor dativo - Cerceamento de defesa - Configuração

Ementa: Administrativo. Mandado de segurança. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Nomeação de defensor dativo após o encerramento da instrução. Cerceamento de defesa configurado.

- Configura cerceamento de defesa a nomeação de defensor dativo para réu revel apenas após a audiência para interrogatório e oitiva de testemunhas, quando já encerrada a fase instrutória.

- Processo administrativo que conta com irregularidades materiais que poderiam ter comprometido a defesa do réu.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0003.05.015901-5/001 - Comarca de Abre-Campo - Apelante: Município de Caputira - Apelado: Sebastião Luiz Pereira - Autoridade coatora: Prefeito Municipal de Caputira - Relator: DES. ALBERTO VILAS BOAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2009. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso e, de ofício, da remessa oficial.

O apelado, servidor público municipal, impetrou mandado de segurança contra ato do Prefeito Municipal de Caputira que, com fundamento em processo administrativo disciplinar, o demitiu por inabitualidade no serviço e abandono do cargo.

Após regular contraditório, a segurança foi parcialmente concedida para, reconhecendo a nulidade do processo administrativo, anular o ato de demissão.

A sentença deve ser confirmada, *data venia*.

Enfatizo, inicialmente, que o objeto do reexame obrigatório envolve apenas a legalidade da demissão do impetrante, sendo certo que há notícia nos autos de que o aludido autor ingressou com ação de cobrança na qual deseja obter os vencimentos do período em que ficou em disponibilidade e sua reintegração em cargo similar ao de almoxarife.

Assim, a discussão sobre a estabilidade, em qual cargo se deu - de auxiliar de obras e serviços ou almoxarife -, sobre os efeitos da disponibilidade, inclusive quanto aos vencimentos do período, e sobre eventual possibilidade de reintegração a cargo com atividades similares deve ser objeto de apreciação na ação já promovida.

No presente mandado de segurança, é possível discutir apenas o cumprimento das formalidades legais previstas para o processo administrativo que culminou na demissão do servidor, na medida em que o ato reputado coator trata exatamente da Portaria 65/05, resultado do Processo Disciplinar nº 001/2005.

Ponderando o conteúdo do Estatuto do Servidor Público Municipal, constata-se ter havido equívocos e vícios no processo administrativo, os quais, embora não tenham o condão de suspender ou relevar as faltas já verificadas, ensejam a nulidade de tal processo.

Com efeito, nos termos do art. 41, § 1º, II, da Constituição Federal, o servidor público estável somente perderá o cargo mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

Pois bem. Verificada a falta disciplinar supostamente cometida pelo impetrante, o Prefeito Municipal determinou, por despacho, a abertura de inquérito administrativo para apuração dos fatos, com base nos arts. 158 e seguintes do Estatuto dos Servidores Públicos (f. 164).

Por meio da Portaria nº 042/05, foi nomeada comissão processante, que, por sua vez, cuidou de nomear secretária e intimar o servidor para prestar depoimento em data determinada, indicar testemunhas a serem ouvidas e apresentar defesa prévia a bem de seus interesses (f. 165/166).

Com esses atos, cumpriram-se as normas dos arts. 166 e seguintes do Estatuto do Servidor Público, segundo as quais:

> Art. 166. É assegurado ao funcionário o direito de acompanhar o processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar testemunhas e contraprovas e formular quesitos quando se tratar de prova pericial.
> Art. 167. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo Presidente da comissão, devendo a segunda via com o ciente do interessado, ser anexada aos autos [...].
> Art. 168. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos nos arts. 167 e 168.
> [...]
> § 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do Presidente da Comissão.

Corretamente afastadas as alegações de cerceamento de defesa por falta de intimação regular e por falta de indicação na aludida intimação dos motivos do processo.

Consoante bem registrado na sentença, há momento apropriado para tipificação da conduta supostamente delituosa, exatamente como ocorreu no caso, nos termos do art. 171 do Estatuto (f. 176). O fato de não ter constado na intimação para comparecimento em audiência para depoimento não macula o processo de nulidade.

Além disso, embora não tenha havido a indicação do dispositivo específico, a intimação indicou que o processo tinha sido instaurado para apurar a acusação de faltas injustificadas ao serviço. Dúvida não há acerca do que foi o motivo do processo disciplinar.

Assim, quanto à instauração do processo, intimação e procedimentos iniciais, não há que falar em violação ao contraditório e à ampla defesa.

Entretanto, quanto à intimação para comparecimento na audiência para depoimento, uma falha já pode ser notada.

É que, embora pudesse representar uma garantia a mais ao servidor, a determinação de apresentação de defesa prévia, oportunizada pela intimação de f. 167, cria a realização de ato não previsto na lei que regulamenta o processo.

E, dada a possibilidade excepcionalmente aberta ao processado, de defender-se por meio de defensor devidamente nomeado, 'sob pena de ser-lhe nomeado defensor dativo', caso não tenha sido observada essa determinação da própria comissão, constatada a irregularidade.

Foi o que ocorreu.

O Estatuto do Servidor Público não previa, na audiência de oitiva das testemunhas e do réu, a apresentação de defesa prévia, vide arts. 165 e seguintes.

Mas previa a presença e participação de defensor.

Tais circunstâncias conduzem à verificação de que, ausente o recorrido (f. 171 e 173), deveria ter sido, já na audiência para interrogatório, nomeado seu defensor dativo. Essa conclusão se extrai tanto da teleologia do Estatuto dos Servidores Públicos - que prevê, no seu art. 168, § 2º, o acompanhamento da oitiva pelo defensor - quanto da carta de intimação, que determinou expressamente a nomeação de defensor.

Se a intimação previa que, uma vez não nomeado defensor para apresentação de eventual defesa prévia, defensor dativo seria nomeado, ausente o réu, mais um motivo para tal nomeação.

Diante dessa realidade, ausente o réu, embora posteriormente tenha sido intimado, já havia sido encerrada a instrução, ato que possibilitaria a tomada do depoimento do envolvido e de suas testemunhas.

Caso houvesse testemunhas, seja da parte - ainda que ausente -, seja do Município, deveria estar presente seu defensor, para que pudesse ter ciência e participação da coleta de provas.

Entendo, portanto, configurados os erros que viciam irremediavelmente o processo. A apresentação de defesa prévia, conforme dito, ainda que possa significar oportunidade de defesa a mais, não está prevista na legislação municipal.

De outro lado, prevista a nomeação de defensor dativo, tal não ocorreu na audiência de tomada de depoimento do acusado, circunstância que configura o alegado cerceamento do direito de defesa.

Outro erro constante do processo administrativo se deu com a intimação do réu para apresentar alegações finais ao invés de defesa, consoante intimação de f. 175.

Não há, no âmbito do Estatuto do Servidor, a previsão de apresentação de alegações finais no processo disciplinar e, mesmo que tenha constado entre parênteses (defesa), há impropriedade terminológica que pode causar dúvidas e confusões que geram insegurança inaceitável para um procedimento administrativo com as consequências deste.

> Art. 171. Tipificada a infração disciplinar será formulada indicação do funcionário, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.
> § 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo Presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.

Embora o defensor nomeado tenha apresentado defesa, entendo que o erro na terminologia comprometeu o processo, especialmente pela inexistência, no âmbito da legislação, da figura das alegações finais.

Some-se a isso, o fato de o defensor dativo só ter sido nomeado para a apresentação de tais razões, após o encerramento da fase de coleta de provas, circunstância que, na esteira do que foi apreciado pelo *Parquet* e pelo Magistrado, configurou obstáculo, restrição ao direito de ampla defesa.

Diante do contexto, na medida em que o processo prescrito no Estatuto não foi observado, seja pela inclusão de atos que não estavam previstos, seja pela desobediência de determinações constantes das próprias intimações, e que houve erros em tais atos, vislumbro prejuízo ao direito de ampla defesa do impetrante, circunstância que, somada à nomeação de defensor dativo apenas para apresentação de alegações finais, conduz à anulação do processo.

Em caso similar, decidiu-se que:

> Servidor público. Magistério. Demissão. Inobservância do devido processo legal. Conseqüente ineficácia do ato demissório. - Tem-se por assegurado o devido processo legal, quando as formalidades instrumentais, a tanto adequadas, tiverem sido cumpridas, possibilitando ao acusado valer-se das garantias do contraditório e da plenitude da ampla defesa, previstas, às expressas, no art. 5º, inciso LV, da Lei Fundamental da República. Postergadas essas garantias constitucionais, nulo fica o processo administrativo e, em conseqüência, o ato demissório (Mandado de Segurança nº 1.0000.00.329573-0/000 - 2º Grupo de Câmaras Cíveis - Rel. Des. Hyparco Immesi - j. em 04.02.04).

Em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

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

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

...

Atropelamento - Condutor inabilitado - Culpa exclusiva da vítima - Dever de indenizar - Ausência

Ementa: Atropelamento. Condutor inabilitado. Culpa exclusiva da vítima. Ausência do dever de indenizar.

- A responsabilidade subjetiva se arrima no elemento culpa. Assim, se o condutor do veículo não contribuiu para o advento do atropelamento, recaindo a culpa, exclusivamente, sobre o pedestre, não há que se falar em pagamento de indenização, sendo irrelevante a ausência de habilitação.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0431.07.035125-6/001 - Comarca de Monte Carmelo - Apelante: Carla Farias Francisco - Apelados: W.J.A., representado por Clarice Maria de Assis e José de Assis, Magno dos Santos Souza - Relator: DES. CABRAL DA SILVA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 31 de março de 2009. - *Cabral da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CABRAL DA SILVA - Adoto o relatório do Juízo *a quo*, às f. 87/88, por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

Trata-se de apelação interposta contra a decisão de f. 87/92, proferida nos presentes autos, que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, condenando a parte autora a solver as custas, despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em R$ 1.500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, contudo suspendeu a exigibilidade de tal determinação por força do art. 12 da Lei 1.060/50.

Em suas razões recursais, às f. 94/100, a parte apelante alegou que a sentença deveria ser reformada, pois o Magistrado *a quo* não avaliara, de maneira adequada, as provas produzidas nos autos, o que resultou em um julgamento equivocado. Destacou a conduta imprudente e a imperícia do réu, ressaltando, também, a responsabilidade dos pais do menor condutor. Ao final, requereu que fosse ofertado provimento ao recurso.

Ofertada vista à parte apelada, não apresentou ela contrarrazões.

É o relatório.

No caso em estudo, a meu sentir e ver, não deve ser ofertado provimento ao presente recurso, pelo que passo a justificar o posicionamento adotado.

Ab initio, digo que, para o correto desate da presente lide, necessário que se apure sobre quem recai a culpa do acidente descrito na exordial.

Tendo em vista esse norte, impõe-se que se afirme que o fato de o condutor do veículo não ser habilitado e menor, por si só, não o torna responsável pelo infortúnio, pois, em que pese a tal fato representar ilícito administrativo, em sede judicial, o que é fundamental é a apuração da culpa, ou seja, se ele agiu com negligência, imperícia ou imprudência, contribuindo exclusiva ou concorrentemente com terceiro ou com a própria vítima para que o atropelamento ocorresse. Isso se deve ao fato de ser a responsabilidade, no caso, subjetiva, que se arrima na culpa.

Nesse sentido, este Tribunal já decidiu:

> Ementa: Indenização. Acidente de trânsito. Bicicleta. Atropelamento. Motorista inabilitado. Não comprovação da culpa do condutor e dos danos sofridos. - O simples fato de ser o condutor do veículo inabilitado ou menor de idade não enseja sua responsabilização pelo evento danoso, se não restar demonstrada a culpa. Não demonstradas, de forma inequívoca, a existência de seqüelas decorrentes do acidente, caracterizando o dano, e a ocorrência de culpa do motorista, inexiste a obrigação de indenizar, nos termos do art. 159 do Código Civil (Número do processo: 2.0000.00.370009-0/000 - Relator: Des. Gouvêa Rios).

> Ementa: Ação de indenização. Acidente de trânsito. Culpa não demonstrada. Condutor inabilitado. Irrelevância. - A falta de habilitação, ainda que reveladora de personalidade infensa à prudência e à disciplina legal, não tem qualquer influência no campo da responsabilidade civil, se despicienda, para a eclosão do evento danoso e a causa eficiente deste, não puder ser atribuída ao condutor inabilitado. Ausente a prova da culpa do réu pelo evento danoso, não há que se falar em dever de indenizar os prejuízos decorrentes do sinistro (Número do processo: 1.0439.07.071546-1/001 - Relatora: Des.ª Selma Marques).

Analisando o caderno probatório erigido nos autos, entendo que se deve ofertar maior relevância à prova oral das testemunhas que presenciaram o acidente, pois eles assistiram à dinâmica fática do evento e podem ofertar descrição mais fidedigna do ocorrido. Assim, o testemunho dos Srs. José Martins de Souza e Idelbrando Cardoso Ferreira é crucial para o correto desate da questão. As demais provas e testemunhos devem ser considerados, tendo em vista, principalmente, o contexto apresentado pelos depoentes citados.

A leitura dos termos de assentada de tais testemunhas, f. 77 e 78, permite que se afirme, sem dúvida, que o acidente não ocorrera por culpa da parte ré. Desse modo me posiciono, pois, como foi consignado, o condutor do veículo não se encontrava em velocidade incompatível para o trecho em que trafegava, aliás, estava devagar, com os faróis ligados e em sua mão de direção. Digo que o fato de o motociclista conduzir o veículo na margem da pista de rolamento não implica a configuração de qualquer ato ilícito, pois a margem da pista a integra, e o pedestre somente pode adentrá-la após se certificar sobre a possibilidade de assim agir com segurança. A circulação deve se feita, sem dúvida, mais para o centro da pista ou da faixa; contudo, o fato de estar mais à margem não representa uma atitude culposa, mas, meramente, desaconselhável.

Assim, a culpa do acidente recai sobre a autora, pois não se acautelou sobre a possibilidade de realizar a travessia da pista de rolamento com segurança. Friso que a via, como afirmado pela apelante, não possui sinalização, logo deveria ter tomado cuidado redobrado, mas desse modo não agiu.

Não se pode olvidar de que o pedestre, enquanto agente que interage no trânsito, tem deveres que lhe são inafastáveis.

O Código de Trânsito Brasileiro, de forma explícita e cogente, determina que o pedestre não poderá adentrar a pista sem antes se certificar de que pode fazê-lo sem obstruir o trânsito de veículos, art. 69, III, *a*. Ademais, o *caput* de tal norma determina que o pedestre, ao cruzar a pista, deverá tomar todas as precauções, levando em conta os veículos, sua velocidade, a visibilidade e a distância. Enfim, somente pode realizar a travessia após ter-se certificado da possibilidade de realizá-la com segurança.

Para melhor embasar o asseverado, transcrevo o artigo supracitado:

> Art. 69. Para cruzar a pista de rolamento o pedestre tomará precauções de segurança, levando em conta, principalmente, a visibilidade, a distância e a velocidade dos veículos, utilizando sempre as faixas ou passagens a ele destinadas sempre que estas existirem numa distância de até cinqüenta metros dele, observadas as seguintes disposições:
> I - onde não houver faixa ou passagem, o cruzamento da via deverá ser feito em sentido perpendicular ao de seu eixo;
> II - para atravessar uma passagem sinalizada para pedestres ou delimitada por marcas sobre a pista:
> a) onde houver foco de pedestres, obedecer às indicações das luzes;
> b) onde não houver foco de pedestres, aguardar que o semáforo ou o agente de trânsito interrompa o fluxo de veículos;
> III - nas interseções e em suas proximidades, onde não existam faixas de travessia, os pedestres devem atravessar a via na continuação da calçada, observadas as seguintes normas:
> a) não deverão adentrar na pista sem antes se certificar de que podem fazê-lo sem obstruir o trânsito de veículos;
> b) uma vez iniciada a travessia de uma pista, os pedestres não deverão aumentar o seu percurso, demorar-se ou parar sobre ela sem necessidade.

Diante da ausência de culpa da parte ré e da culpa

exclusiva da autora, não há que se falar em dever de indenizar, restando, assim, caracterizada a improcedência da pretensão indenizatória em face ao condutor e, por consequência, também, quanto a seus pais.

Consoante o acima exposto, este Tribunal já se manifestou:

> Ementa: Atropelamento. Ônibus. Responsabilidade objetiva. Via pública. Vítima. Culpa exclusiva. - A culpa exclusiva da vítima do atropelamento, que se porta de maneira inadequada na via pública, elide a responsabilidade objetiva da empresa concessionária de transporte coletivo (Número do processo: 1.0024.01.575003-7/001 - Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - Data de julgamento: 03.07.2007).

> Ementa: Indenização por danos morais e materiais. Atropelamento. Culpa exclusiva da vítima. Ausência do nexo de causalidade. Excludente do dever de indenizar. - Se o pedestre deixa de observar as regras concernentes à normalidade da conduta, adentrando inopinadamente na pista de rolamento, sendo atingindo pela lateral traseira do veículo, não há como imputar culpabilidade ao condutor que, nessas circunstâncias, se viu surpreendido por comportamento inteiramente imprevisível. Evidenciada a culpa exclusiva da vítima, tem-se por excluído o próprio nexo causal, isso porque 'o agente, aparente causador direto do dano, é mero instrumento do acidente' (Número do processo: 1.0702.03.041190-5/001 - Relator: Des. Tarcísio Martins Costa - Data de julgamento: 03.07.2007).

Em face do acima exposto, nego provimento ao presente recurso.

Custas recursais, pela parte apelante, suspensa a sua exigibilidade por força do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELECTRA BENEVIDES e ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação civil pública - Estabelecimento penal - Interdição - Juízo Criminal - Incompetência - Competência em razão da matéria - Natureza absoluta - Art. 59 da Lei Complementar 59/2001 - Aplicabilidade - Vara da Fazenda Pública - Ausência na comarca - Anulação do feito a partir da citação

Ementa: Apelação cível. Ação civil pública, com pedido liminar. Interdição de estabelecimento penal. Preliminar. Incompetência do Juízo Criminal. Competência em razão da matéria. Natureza absoluta. Aplicação do art. 59 da LC 59/2001. Competência da Vara Cível na ausência de Vara da Fazenda Pública na comarca. Anulação do feito a partir da citação.

- A competência para análise e julgamento da ação civil pública ajuizada contra o Estado de Minas Gerais, ainda que preparatória, tem natureza absoluta, sendo da Vara de Fazenda Pública e Autarquias, consoante previsto no art. 59 da LC 59/2001. Na ausência da mencionada vara especializada na comarca, a competência é de uma das varas cíveis, independentemente de o pedido referir-se à interdição de estabelecimento penal em virtude de superlotação das condições precárias da cadeia pública local.

- O disposto no art. 66, inciso VIII, da LEP tem caráter administrativo, refere-se à interdição da cadeia pública nas execuções penais, e não tem o condão de afastar a competência do Juízo Cível na hipótese de ação civil pública.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0481.04.040644-1/001 - Comarca de Patrocínio - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ARMANDO FREIRE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER A PRELIMINAR E ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2009. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. José Sad Júnior.

DES. ARMANDO FREIRE - Tratam os autos de apelação aviada pelo Estado de Minas Gerais contra sentença que, na ação civil pública com pedido liminar ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou parcialmente procedente o pedido, determinando a transferência de todos os presos da cadeia pública de Patrocínio para a Penitenciária Deputado Expedito Faria Tavares, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais), sem prejuízo das cominações legais, inclusive desobediência.

O réu interpôs pedido de suspensão dos efeitos da sentença que foi deferido em decisão proferida pelo Des. Orlando Adão Carvalho, então Presidente do TJMG (f. 680/686).

O Estado de Minas Gerais interpôs apelação às f. 691/708. Preliminarmente, suscita incompetência absoluta. Sucessivamente, alega que:

a) vem realizando extraordinário esforço para dotar seu sistema penitenciário de condições adequadas;

b) é manifesta a inviabilidade da ação civil pública com relação a cada um de seus itens;

c) o recambiamento determinado é absolutamente ilegal, extrapolando os limites da competência do Juízo de origem;

d) a Penitenciária Deputado Expedito Faria Tavares está com sua capacidade esgotada;

e) a interdição prevista no art. 66 da LEP tem caráter administrativo e é de competência exclusiva do Juízo da Execução Penal;

f) não compete ao Judiciário determinar medidas que importem substituição do critério subjetivo do administrador;

g) se aplica ao caso a "cláusula da reserva do possível", uma vez que inexiste disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações reclamadas;

h) não há qualquer omissão do Estado.

Pede, ao final, pelo provimento do recurso, com o acolhimento da preliminar de incompetência do Juízo ou, subsidiariamente, com a reforma da sentença extinguindo o feito sem julgamento do mérito, ou, ainda, julgados improcedentes os pedidos formulados.

A apelação foi recebida em despacho de f. 712.

Contrarrazões às f. 716/725.

A digna Procuradoria de Justiça, em parecer às f. 732/742, opina pelo conhecimento do recurso, porém, por seu desprovimento.

Assim relatado, conheço da apelação, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Priorizo a análise da questão preliminar suscitada pelo apelante.

Incompetência do Juízo.

O Estado de Minas Gerais suscita preliminar de incompetência absoluta do Juízo Criminal da Comarca de Patrocínio, sob o argumento de que o mesmo não é competente para o julgamento da ação civil pública proposta com base na Lei 7.347/1985 e, por extensão, para qualquer medida cautelar que lhe seja preparatória. Acrescenta que a legislação aplicável não atribui em nenhum de seus dispositivos a competência ao Juízo da execução para julgar ação civil pública. Assevera que, ao contrário, prevê o art. 59 da LC 59/2001 que a competência, neste caso, é do Juiz da Vara de Fazenda Pública e Autarquias.

A ilustre Promotora de Justiça, em suas contrarrazões, requer o acolhimento da preliminar de incompetência do Juízo Criminal e a anulação do feito a partir da citação.

A Ação Civil Pública inicialmente foi distribuída para a 2ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio, sob o nº 0481.04. 040423-0, em 29.10.04. Petição inicial instruída com os documentos de f. 11/429.

Em decisão de f. 430/431, a nobre Julgadora da 2ª Vara Cível declinou da competência ao Juízo da Única Vara Criminal da Comarca, sob o fundamento de que o objeto da ação consubstancia atos de competência exclusiva do Juízo de Execução Penal, consoante a Lei 7.210/84 (art. 66).

A ação foi redistribuída emergencialmente em 11.11.04 para a 1ª Vara Criminal da Comarca de Patrocínio, recebendo uma nova numeração (nº 0481.04. 040644-1).

O Estado de Minas Gerais foi citado (f. 478) e apresentou manifestação sustentando a incompetência do Juízo (f. 479/510), em fevereiro de 2005.

O digno Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, Menores e Precatórias decidiu, às f. 518/519, que a denominação da ação não importa para a fixação da competência. Indeferiu o pedido liminar de interdição da cadeia pública local.

Manifestação do MP à f. 574.

Em sentença de f. 634/648, o MM. Juiz Criminal julgou parcialmente procedente o pedido. Considerou que apesar de a ação ter sido intitulada de ação civil pública tem natureza de cautelar inominada. Rejeitou a preliminar de incompetência sob o fundamento de que compete ao Juízo das Execuções Penais a interdição provisória de estabelecimento penal, nos termos do art. 66, VII, da LEP. Entendeu pela legitimidade do Ministério Público, pela existência de interesse processual e pela possibilidade jurídica do pedido. No mérito, considerou que foi demonstrada a situação física deplorável da cadeia pública municipal, bem como a superlotação mencionada na inicial. Concluiu pela interdição do estabelecimento penal e pela transferência integral dos presos pela inexistência de condições adequadas para a manutenção no local de seres humanos em condições de respeito aos seus direitos e garantias fundamentais.

Com a devida vênia e lamentando pelo lapso de tempo decorrido entre a redistribuição da ação civil pública e a interposição da presente apelação, considero que se impõe o reconhecimento da incompetência do Juízo Sentenciante.

Ainda que a questão não tivesse sido arguida nas razões de apelação cumpriria seu conhecimento de ofício, uma vez que se trata de incompetência em razão da matéria e, portanto, absoluta.

Inclusive, importa observar que o próprio autor, em suas contrarrazões, não apenas confirma a incompetência, como requer a anulação do feito.

Conquanto respeite o entendimento esposado pelo nobre Magistrado na decisão de f. 518/519, estou que em determinadas hipóteses é possível desconsiderar a denominação dada à ação, sem que isso interfira na competência para seu julgamento, uma vez constatado equívoco por parte do causídico subscritor da exordial.

Todavia, o mesmo raciocínio não serve para a hipótese de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público nos termos da Lei 7.347/1985 e do art. 82 da Lei 8.078/90, de natureza constitucional e destinada à tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Renovando vênia, não há que se confundir o caso em comento com situações individuais relacionadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade, como vislumbrado no *Habeas Corpus* nº 73913/GO, julgado pelo STF em 13/08/ 1996, cuja ementa ilustrou a decisão de f. 430/431, na qual a competência foi declinada da 2ª Vara Cível para a Vara Criminal da Comarca de Patrocínio.

A toda evidência o objeto da ação é a garantia de direitos indisponíveis, de forma genérica, sem qualquer ligação à execução das penas daqueles que podem vir a ser beneficiados em caso da procedência da ação civil pública.

Vale dizer que o art. 66, inciso VIII, da Lei 7.210/84, que fundamentou a redistribuição da ação e a apreciação da mesma perante o Juízo Criminal da Comarca de Patrocínio, não determina a competência para ação civil pública, apenas dispõe sobre a competência do Juiz da Vara de Execuções Penais para a interdição de cadeia pública local na hipótese de a mesma estar funcionando "em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos" da LEP. Denota-se que, sistematicamente, o referido inciso sucede o inciso VII, que dispõe sobre a competência para inspeção mensal dos estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promoção, quando for o caso, de apuração de responsabilidade. Conclui-se, portanto, que se trata de medidas de fiscalização e sanção de natureza funcional e administrativa que não se confundem com a ação civil pública regida por lei especial e ajuizada em face do Estado de Minas Gerais.

Especificamente quanto ao polo passivo da demanda ajuizada, cumpre a observância do que prevê o art. 59 da Lei Complementar nº 59/2001, que contém a Organização e Divisão Judiciária do Estado de Minas Gerais:

> [...] Art. 59 - Compete a Juiz de Vara de Fazenda Pública e Autarquias processar e julgar causas cíveis em que intervenham, como autor, réu, assistente ou opoente, o Estado, os Municípios, suas autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito público e, onde não houver vara da Justiça Federal, as decorrentes do § 3º do art. 109 da Constituição Federal, respeitada a competência de foro estabelecida na lei processual [...].

Considerando que não há na Comarca de Patrocínio Vara da Fazenda Pública e Autarquias, a Vara competente para a apreciação e julgamento da Ação Civil Pública é uma das Varas Cíveis, como correta e originariamente foi distribuída a ação.

Este egrégio Tribunal do Estado já se manifestou acerca da aplicabilidade do art. 59 da LC nº 59/2001, na hipótese de ação civil pública, ainda que preparatória, independentemente de a matéria tratar da interdição de estabelecimento penal:

> Conflito positivo de competência. Vara criminal e vara cível. Ação civil pública destinada à interdição de cadeia pública local. Inteligência do art. 59 da Lei Complementar nº 59/2001. 1. A competência do Juiz da execução criminal, prevista no art. 61, inciso VIII, (repetida no art. 66 da LEP), é para as atividades administrativas da execução penal, o que não se confunde com a competência para processar e julgar ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Estado de Minas Gerais, fixada pelo art. 59 da Lei Complementar nº 59/2001. 2. Consoante orientação jurisprudencial deste eg. Tribunal de Justiça, 'a Vara Cível, em Comarca onde não exista Vara da Fazenda Pública, é a competente para julgar ação civil pública movida contra o Estado de Minas Gerais, que vise à interdição judicial de estabelecimento prisional [...]'. 3. Conflito positivo de competência conhecido e declarada a competência do Juízo da 1ª Vara Cível (Conflito Positivo de Competência nº 1.0000.07.459156-1/000 - Comarca de Betim - 4ª Vara Cível do TJMG - Relator: Des. Célio César Paduani - j. em 29.11.07).

> Agravo de instrumento - Competência - Vara cível e vara criminal - Ação civil pública - Interdição de cadeia local - Provimento judicial - Aplicação do art. 59 da LC 59/2001 - Precedente desta Câmara - Recurso provido. - Nos termos do precedente desta Câmara, CNC 1.0000.03.404610-2/000, a Vara Cível, em Comarca onde não exista Vara da Fazenda Pública, é a competente para julgar ação civil pública movida contra o Estado de Minas Gerais, que vise à interdição judicial de estabelecimento prisional, já que a competência das varas criminas, estabelecida pelo art. 66 da Lei de Execuções Penais, restringe à interdição de Cadeia, na esfera administrativa. Recurso provido (Agravo nº 1.0194.05. 052635-0/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - 6ª Vara Cível do TJMG - Relator Des. José Domingues Ferreira Esteves - j. em 23.05.06).

Com essas considerações, acolho a preliminar de incompetência e determino a anulação da sentença e de todo o feito a partir da citação, sendo remetidos os autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Patrocínio.

É o meu voto.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - De acordo.

DES. EDUARDO ANDRADE - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR E ANULARAM A SENTENÇA.

...

Reintegração de posse - Autora - Posse pretérita - Demonstração - Requisito para ajuizamento da ação configurado - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Comodato verbal - Notificação - Não desocupação do imóvel pela comodatária - Esbulho - Configuração

Ementa: Apelação cível. Reintegração de posse. Demonstração de posse pretérita pela autora. Requisito para ajuizamento da ação configurado. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade. Comodato verbal. Notificação. Não desocupação pela comodatária. Esbulho configurado.

- O proprietário que cede a posse direta sobre o bem por comodato verbal demonstra o requisito de posse pretérita exigido para o ajuizamento de ação de reintegração de posse.

- A morte de um dos cônjuges não transmuda os direitos do cônjuge sobrevivente.

- Sobrevindo, por direito de herança, a aquisição da propriedade plena do imóvel, pelo *jus possidendi,* o cônjuge sobrevivente tem o direito de rescindir o comodato e se reintegrar na posse do imóvel.

- Ausente o interesse de incapazes, dispensa-se a intervenção do Ministério Público.

- No caso de comodato verbal, feita a notificação pela comodante sobre o seu desinteresse na manutenção do contrato, a não desocupação do imóvel pela comodatária, após o prazo estabelecido, configura o esbulho possessório, o que gera o direito da comodante de retomar o imóvel por meio judicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0512.07.044010-6/001 - Comarca de Pirapora - Apelante: Rachel Polônia da Silva Neta - Apelada: Maria Lúcia Miranda de Carvalho - Relator: DES. TIAGO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 2 de abril de 2009. - *Tiago Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela apelada, o Dr. William Souza Ramos.

DES. TIAGO PINTO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Rachel Polônia da Silva Neta contra sentença (f. 119/130), que julgou parcialmente procedentes os pedidos na ação de reintegração de posse movida por Maria Lúcia Miranda de Carvalho.

Na inicial, é dito que o imóvel ocupado pela ré e de propriedade da autora está localizado na Rua Paracatu, nº 585, Bairro Santo Antônio, na cidade de Pirapora/MG.

Informa a autora que o referido imóvel foi adjudicado por ela no inventário de seu esposo, Sr. Ogue Jacinto de Carvalho, porque os demais herdeiros, filhos do *de cujus*, renunciaram ao direito sucessório.

Diz que, após o fim do vínculo matrimonial da ré com o seu filho, Américo Jacinto Miranda de Carvalho, a ré foi notificada para desocupar o imóvel, mas não atendeu ao pedido. Daí o pedido de reintegração de posse.

A sentença determinou a reintegração da autora, na posse do imóvel, condenando a ré a pagar uma indenização correspondente aos aluguéis do imóvel, a partir da notificação até a efetiva desocupação, apurados em liquidação de sentença por arbitramento. Em contrapartida, o Juiz monocrático reconheceu o direito da ré à indenização pelas benfeitorias construídas no imóvel, pelo valor que se apurar por auto de avaliação a ser elaborado por Oficial de Justiça, e garantiu o direito de retenção do imóvel até que seja pago o valor devido, ficando autorizada a compensação dos valores. Determinou também que, nos valores obtidos na liquidação e no auto de avaliação, incidam juros moratórios de 1% e atualização monetária pela CGJMG. Motivado pela sucumbência recíproca, condenou a autora ao pagamento de 70% das custas e a ré a 30%. Os honorários advocatícios foram estabelecidos em R$ 300,00 para a autora e R$ 800,00 para a ré. Foram suspensas as execuções das verbas relativas à ré porque amparada pela assistência judiciária gratuita.

Irresignada com a decisão, recorre a ré.

Em suas razões recursais (f. 134/151), argúi a apelante a preliminar de falta de interesse com base no fato de que a posse anterior da apelada não ficou demonstrada nos autos. Nesse caso, assevera que, sendo a ação de natureza possessória, a propriedade não pode ser tomada como fundamento do pedido, sendo a via eleita pela apelada inadequada.

No mérito, diz que sua posse sobre o bem não é injusta, violenta, clandestina ou precária.

Destaca que sempre residiu no imóvel com o consentimento de seus sogros. Tal a verdade disso que o Sr. Ogue, seu sogro, tinha a intenção de transferir a propriedade do imóvel para a neta, filha da recorrente.

Combate a regularidade da notificação, pois o seu texto disse da incidência de aluguéis em caso de não desocupação, o que faz pressupor indevidamente um contrato de locação de forma unilateral.

Diz que sua posse é melhor do que a da recorrida, afinal reside no imóvel há sete anos juntamente com suas filhas e utiliza um dos cômodos para sua atividade profissional como cabeleireira.

Também não existe comodato porque não foi firmado nenhum contrato nesse sentido, nem existe prova dele. Assim, não há falar em indenização ou pagamento de aluguéis.

Considerando a data do divórcio da recorrente, que ocorreu depois da morte do Sr. Ogue, esposo da recorrida, entende que a renúncia do imóvel pelos herdeiros em favor da recorrida foi ilícita. Isso porque o Sr. Américo, ex-marido da recorrente e filho do Sr. Ogue, não poderia alienar imóveis sem autorização de sua esposa, a recorrente (*sic*).

Releva a aplicação da função social da posse. Diz que sua situação financeira é precária e, ainda, que é ela que está concedendo à coisa função social, já que exerce o direito à moradia com suas filhas e também sua profissão.

Aponta a necessidade de atuação do Ministério Público no feito porque reside no imóvel com suas filhas menores, que estão na iminência de ser retiradas do local.

A recorrida apresenta contrarrazões às f. 153/161.

Em síntese, afirma que não há interesse de menores na ação e que o fato de as filhas da recorrente residirem no imóvel não significa que são partes no feito.

Destaca que a posse foi exercida pela apelada e seu marido, sendo depois cedida, por contrato verbal, à apelante e seu ex-marido a título de comodato. Assim, restou configurado o interesse de agir da apelada.

Afirma que o tempo de sete anos em que a posse foi exercida pela apelante não concede a ela qualquer direito, porque não se operou a prescrição aquisitiva. E a posse deixou de ser mansa e pacífica após a notificação, que se deu em 05.12.2006, configurando o esbulho.

Entende que a notificação é regular. Constou no documento que a apelante deveria desocupar o imóvel no prazo de trinta dias. Descumprida a notificação, contaria então a incidência de aluguéis.

Nega a intenção de seu falecido marido de doar o imóvel à filha da apelante. Ademais, caso pretendesse mesmo doá-lo, seria necessária a anuência sua, da apelada.

Quanto à renúncia sucessória dos herdeiros em favor dela, diz ser lícita, pois estava a ré apelante com separação de corpos decretada, sendo desnecessária a outorga. Mesmo que não houvesse renúncia, teria a apelada direito à reintegração de posse na condição de meeira.

Por último, assevera que a situação financeira da ré apelante não gera nenhum direito a ela, afinal a propriedade privada é garantida constitucionalmente.

É o relatório.

Preenchidos os requisitos legais de admissibilidade, conheço do recurso.

Do requerimento para intervenção do Ministério Público.

As partes neste feito são maiores e capazes.

A questão que está sendo discutida nos autos não demanda intervenção ministerial. O fato de a recorrente ter filhos menores morando no imóvel não gera aplicação do art. 82 do CPC, porque, além de não estarem eles no pólo passivo, a lide não versa sobre direito de incapazes.

Rejeito o requerimento para intervenção do Ministério Público.

Da preliminar de falta interesse processual.

De fato, a ação é possessória.

Entre os requisitos do estado de fato para o ajuizamento da ação de reintegração está a demonstração do exercício da posse.

Como bem avaliou o Juiz *a quo*, a posse da autora não foi combatida pontualmente pela ré em contestação, senão questionada em sede de memoriais.

Além disso, em audiência, a autora relatou que morou na parte de cima do imóvel, que está alugada.

É porque detinha a posse juntamente com seu marido (este atualmente falecido) é que cedeu a posse direta sobre o bem para a ré. Não há razão para descrer no exercício pretérito da posse, então.

Vale dizer que a morte posterior do marido da autora não transmuda os direitos do cônjuge sobrevivente. Sobrevindo, por direito de herança, a aquisição da propriedade plena do imóvel, pelo *jus possidendi*, o cônjuge sobrevivente tem o direito de rescindir o comodato e se reintegrar na posse do imóvel.

Ainda que não se reconhecesse a posse anterior da autora, argumento que se remexe apenas para argumentar, a posterior aquisição da propriedade do imóvel qualifica a autora como parte legítima para demandar a rescisão do comodato com base no direito ao exercício da posse, fâmulo da propriedade (*jus possidendi*).

Rejeito a preliminar.

Do mérito.

O contexto probatório converge com a versão da inicial.

É fato incontroverso que a recorrente deteve a posse do imóvel enquanto casada com o filho da recorrida. Até então a posse era regular e permitida por ato de liberalidade dos proprietários e sem contraprestação pecuniária, configurando, portanto, comodato verbal. Aliás, em momento algum a situação é negada.

Ocorrido o divórcio da recorrente, não mais conveio à proprietária manter a comodatária no imóvel. Para exercer seu direito de retomada do bem, a autora recorrida notificou a ré recorrente. Nada de irregular no ato notificatório, mas ainda sim a ré não desocupou o local.

Diante disso, sendo o comodato verbal e feita a notificação pela comodante sobre o desinteresse de manter o contrato, a não desocupação do imóvel pela

comodatária após o prazo estabelecido configura esbulho e gera o direito da apelada, possuidora indireta, de retomar o imóvel por meio judicial.

O questionamento feito pela apelante a respeito da regularidade da renúncia sucessória sobre o imóvel feita pelos herdeiros, especialmente quanto ao ex-marido da recorrente, filho da recorrida, perde a razão de ser nestes autos porque a irresignação deveria ser manifestada em momento próprio quando da tramitação do inventário. Ademais, geraria discussão de natureza sucessória, o que extrapolaria os limites desta lide.

A doação do imóvel à filha da recorrente restou somente como cogitação. A intenção de doar, se de fato existiu, não se concretizou e, assim, não se presta como argumento para afastar o direito da apelada de reaver o bem.

O argumento da ré a respeito da aplicação do princípio da função social da posse é inservível para amparar ato de resistência injustificada sua na desocupação do imóvel.

Assim, restou caracterizado o esbulho autorizador da proteção possessória.

A propósito:

> Ementa: Apelação cível - Reintegração de posse - Extinção comodato verbal - Notificação - Permanência no imóvel findo o prazo para desocupação - Esbulho configurado. - O contrato de comodato constitui, sempre, um ajuste temporário, quer por prazo expresso ou presumível (art. 581 do Código Civil), não admitindo a ordem jurídica a eternização de uma obrigação motivada por princípios de caridade e benevolência, de quem empresta seu próprio imóvel a terceiros, sem exigir nada em troca. O comodato verbal, sem prazo predeterminado, extingue-se mediante simples notificação encaminhada pelo comodante ao comodatário. Inteligência do art. 473, *caput*, do Código Civil. Se o comodatário, não obstante devidamente notificado, se recusa a desocupar o imóvel no prazo ali assinalado, passa a praticar ato de esbulho, reparável por meio de ação reintegratória. Precedentes do STJ. 'No conflito de interesses entre o comodatário que utiliza gratuitamente a coisa de outrem e o do comodante que não pode prever a necessidade urgente, a lei opta em proteger o interesse do comodante' (TJMG, Apelação nº 1.0024.04.261561-7/001(1), Relator Des. Renato Martins Jacob, *DJ* de 22.08.2007).
>
> Civil. Posse. Constituto possessório. Aquisição fictícia (CC, art. 494-IV). Reintegração de posse. Cabimento. Comodato verbal. Notificação. Escoamento do prazo. Esbulho. Aluguel, taxas e impostos sobre o imóvel devidos. Recurso provido.
> I - A aquisição da posse se dá também pela cláusula *constituti* inserida em escritura pública de compra e venda de imóvel, o que autoriza o manejo dos interditos possessórios pelo adquirente, mesmo que nunca tenha exercido atos de posse direta sobre o bem.
> II - O esbulho se caracteriza a partir do momento em que o ocupante do imóvel se nega a atender ao chamado da denúncia do contrato de comodato, permanecendo no imóvel após notificado.
> III - Ao ocupante do imóvel, que se nega a desocupá-lo após a denúncia do comodato, pode ser exigido, a título de indenização, o pagamento de aluguéis relativos ao período, bem como de encargos que recaiam sobre o mesmo, sem prejuízo de outras verbas a que fizer jus (Quarta Turma, REsp 143707/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 25.11.1997, *DJ* de 02.03.1998, p. 102).
>
> Agravo regimental no agravo de instrumento - Direito das coisas - Reintegração de posse - Direito de retenção - Benfeitorias - Impossibilidade - Comodato - Alegação de violação do artigo 535 do CPC - Incongruência - Não ocorrência - Falta de prequestionamento - Direito de indenização - Matéria de defesa - Incompatibilidade - Súmula 7.
> I - Não há incongruência entre o fundamento consistente na falta de prequestionamento de dispositivo legal e a não violação, pelo acórdão hostilizado, do artigo 535 do Código de Processo Civil, se não se reputa referido comando normativo ser essencial para a solução da questão.
> II - Alegação de direito de indenização, trazida em contestação, não possui caráter defensivo em ação de reintegração de posse, embora se admita, em virtude disso, a propositura de ação de conhecimento para ressarcimento dos gastos efetuados em benefício do imóvel objeto de ação possessória.
> III - Inviável a pretensão de descaracterização do comodato, por óbice da Súmula 7 desta Corte: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.
> Agravo regimental improvido (Terceira Turma, AgRg no Ag 827619/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, j. em 04.09.2008, *DJe* de 23.09.2008).

Por esses fundamentos, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pela apelante. Suspensa a exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Investigação de paternidade - Alimentos - Cumulação de ações - Revelia - Direitos indisponíveis - Art. 319 do Código de Processo Civil - Efeitos - Inaplicabilidade - Provas - Conveniência e necessidade - Faculdade do juiz

- Em se tratando de direitos indisponíveis a revelia não produz os efeitos previstos no art. 319, CPC, como prescreve de maneira hialina o art. 320, II, CPC.

- Em causas que versem sobre direitos indisponíveis, o juiz tem a oportunidade de tomar iniciativa na instrução, determinando a coleta da prova que julgar conveniente

e necessária para o correto desate da lide, de modo a evitar julgamento em estado de perplexidade ou de incerteza jurídica.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0707.03.067433-7/001 - Comarca de Varginha - Apelante: J.C.L. representado pela curadora especial D.M.C.R.T. - Apelada: R.F.M. representada por sua mãe J.M. - 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 CASSAR A SENTENÇA, DE OFÍCIO.

Belo Horizonte, 31 de março de 2009. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Presentes os pressupostos próprios exigidos, conheço do recurso.

Cuidam os autos de ação de investigação de paternidade c/c alimentos movida por R.F.M. em face de J.C.L., a qual veio a ser julgada procedente pela sentença de f. 104/106, sendo o requerido declarado pai biológico da autora e condenado a prestar-lhe alimentos no valor correspondente a 30% (trinta por cento) do salário mínimo, inclusive sobre o 13º salário se empregado estiver, desde a data em que se deu sua citação por edital.

Não se conformando, apelou o investigado às f. 110/114, buscando a reforma da decisão primária pelas razões ali expendidas.

Instalo, de ofício, uma preliminar de nulidade da sentença, pelas razões que passo a declinar.

Como se tem dos autos, o apelante foi citado por edital, tendo se tornado revel, já que não contestou a tempo e modo a inicial. Tanto assim que está representado nos autos pela curadora especial que lhe foi nomeada.

Entretanto, embora revel, por estarmos diante de uma causa que versa a respeito de direitos indisponíveis, a revelia não produz os efeitos previstos no art. 319, CPC, como prescreve de maneira hialina o art. 320, II, CPC.

Noutro giro, uma única testemunha foi ouvida durante a instrução processual (f. 51), e mesmo assim como informante, por ser irmã do requerido.

Do único depoimento colhido, sinceramente, não se pode extrair, com a necessária certeza e/ou probabilidade, que o investigado seja, de fato, o pai biológico da autora, até porque a referida testemunha, embora tenha dito que tanto ela quanto sua família reconhecem a investigante como tal, foi clara ao dizer que "não tinha conhecimento do envolvimento de J.C. com J.M." (f. 51).

A prova produzida, portanto, é pouco ou nada esclarecedora, sendo certo também que as fotografias juntadas aos autos igualmente são incapazes de proporcionar a necessária convicção para o julgamento desta ação investigatória.

Sabe-se, e não se questiona, que a prova em ações desta estirpe quase sempre é indireta. Entretanto, não se pode perder de vista, também, que, para que se afirme que alguém é ou não pai biológico de outra pessoa, há que se ter um mínimo de segurança, devendo a instrução probatória ser realizada de forma a ensejar cognição plena, infensa a qualquer dúvida, de modo a oferecer uma decisão mais segura por parte do Poder Judiciário, o que, a meu ver, não se mostra presente na espécie dos autos.

É verdade, também, que o legislador processual civil consagrou o princípio dispositivo, segundo o qual o juiz deve julgar de acordo com o alegado e provado pelas partes; no entanto, o mesmo legislador cuidou de abrandar tal princípio quando em jogo direitos indisponíveis, permitindo, nesses casos, a iniciativa probatória do juiz, como se infere dos termos do art. 130 do CPC, segundo o qual "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo".

Essa norma inspira-se no princípio da verdade real, segundo o qual o órgão jurisdicional deve buscar a verdade dos fatos para compor a lide, mormente quando em discussão direitos indisponíveis, como no processo de investigação de paternidade. Em hipóteses tais, insuficientemente esclarecidos os fatos, o juiz deverá determinar os meios para completar a sua convicção e, assim, atingir a verdade real com o provimento jurisdicional.

Nesse sentido, colha-se a doutrina do Prof. Humberto Theodoro Júnior:

> Nas causas que versem sobre direito indisponíveis, ou naquelas em que as partes se desincumbiram de forma incompleta do *onus probandi*, é que o juiz terá oportunidade de tomar iniciativa na instrução, determinando a coleta de prova que ele mesmo julgar conveniente e necessária para evitar julgamento em estado de perplexidade ou de incerteza jurídica (*Curso de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 422).

Outro não é o entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando assentou que

> [...] 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 (REsp 43.467-MG, *DJU* de 18.03.96).

Pelo exposto, considerando, ainda, os requerimentos contidos às f. 33/34 e 39, no sentido de que seja realizado o exame pericial de DNA pelo meio indireto,

penso ser prudente o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que o mesmo se realize, possibilitando-nos, assim, uma maior segurança para o julgamento desta causa.

Com essas considerações, de ofício, casso a sentença, determinando o retorno dos autos à instância *a quo*, a fim de que o exame pericial seja realizado, possibilitando, assim, uma nova decisão sobre a causa. Dessa feita, com mais segurança e elementos instrutivos.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDER MAROTTA e BELIZÁRIO DE LACERDA.

Súmula - CASSARAM A SENTENÇA, DE OFÍCIO.

...

Ação civil pública - Reexame necessário - Contrato administrativo temporário - Reiterada contratação - Inadmissibilidade - Concurso público - Detrimento de provimento de cargo - Princípio da moralidade - Princípio da impessoalidade - Inobservância

Ementa: Administrativo e constitucional. Ação civil pública. Reexame necessário. Concurso público. Reiterada contratação por contrato administrativo temporário. Inadmissibilidade.

- A reiterada contratação temporária de médicos não se enquadra na excepcionalidade prevista no art. 37, IX, da Constituição da República, em detrimento do provimento de cargos mediante concurso público, além de atentar contra os princípios da moralidade e da impessoalidade, norteadores da atividade de Administração Pública.

Sentença confirmada no reexame necessário.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0481.07.077688-7/001 - Comarca de Patrocínio - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio - Autor: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Réus: Município de Patrocínio, Marcelo Frange Abrahão e outro - Relator: DES. BARROS LEVENHAGEN

Acórdão

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

Belo Horizonte, 19 de março de 2009. - *Barros Levenhagen* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BARROS LEVENHAGEN - Trata-se de reexame necessário da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Valter Rocha Rúbio às f. 110/117, que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do Município de Patrocínio e outros, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados para declarar nulos os contratos de prestação de serviços celebrados entre a Municipalidade de Patrocínio e os demais réus, determinando o afastamento dos funcionários contratados sem concurso público no prazo de trinta dias após o trânsito em julgado da sentença, sob pena de incidência de multa, bem como de responder o Prefeito Municipal investido no cargo por crime de responsabilidade. Até o efetivo afastamento, os servidores deverão continuar recebendo os proventos inerentes aos cargos que ocupam, bem como fazendo jus ao recebimento de todos os valores constitucionalmente previstos para os contratos de trabalho.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 130/133, opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Conheço da remessa oficial, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Compulsados detidamente os autos, verifica-se não merecer reparo a sentença lançada pelo Julgador de primeiro grau.

A atual ordem constitucional estabeleceu, mediante regra inserta em seu art. 37, II, o critério geral para o ingresso em cargo ou emprego da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, qual seja a "aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos".

No entanto, a própria Constituição Federal previu duas exceções para o acesso aos quadros funcionais da Administração Pública, dentre elas a modalidade sob a qual vinham sendo engajados os réus, mediante celebração de contratos administrativos temporários para o exercício de função de excepcional interesse público (art. 37, IX).

A respeito dessa matéria, assevera-se oportuna a transcrição do escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> [...] função, em paralelo a cargo e emprego, só existirá para os contratados 'por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público', nos termos do artigo 37, IX, e para funções de confiança, de livre provimento e exoneração.
> [...]
> Já na vigência da Constituição anterior, a admissão só era possível para serviços temporários, com base em seu art.

106, e hoje continua apenas nessa hipótese, agora mais restringida pela excepcionalidade do interesse público e pela exigência de contratação por tempo determinado. Daí a desnecessidade de concurso, pois somente sendo possível a contratação de servidor temporário para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou outra calamidade pública (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 428-429).

Verifica-se, pela própria contratação reiterada desde o longínquo ano de 1991 (f.16), que a função exercida pelos réus em favor da Municipalidade de Patrocínio demonstra o desatendimento ao critério do excepcional interesse público para excluir exigência de aprovação em concurso público para o seu provimento, tratando-se, na verdade, de exercício de função de necessidade permanente.

Sendo assim, apresenta-se irregular a contratação dos réus, mediante contrato administrativo temporário, para o exercício da função de médico junto ao serviço municipal de saúde, sendo inarredável o seu engajamento mediante prévia aprovação em concurso público.

Da mesma forma, assevera-se patente a necessidade de preenchimento permanente desses cargos nos quadros daquela Administração Pública.

Nesta Corte, o posicionamento jurisprudencial encontra-se na mesma esteira:

> Ação civil pública. Liminar. Reiterada contratação temporária de servidores. Excepcional interesse público. Ausência. - A Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, em seu art. 3º, estabelece como um dos seus objetivos o cumprimento de obrigação de não fazer, que envolve atos iminentes e potencialmente lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa. O excesso de contratações temporárias, que não se enquadram na excepcionalidade prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal, em detrimento do provimento de cargos mediante concurso público, atenta contra os princípios norteadores da atividade de Administração Pública e enseja o deferimento de medida liminar, para vedar a continuidade da adoção reiterada de atos da espécie. O Poder Judiciário não pode ser conivente com a prática de atos desviados de suas finalidades específicas, de acordo com os preceitos da Constituição, e que deixam de satisfazer pretensões coincidentes com os interesses da coletividade. Nega-se provimento ao recurso (TJMG - Processo nº 1.0000.00.267095-8/000 - Rel. Des. Almeida Melo - pub. em 18.06.02).

Lado outro, não deveria mesmo ser acolhida a pretensão, formulada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de devolução dos valores percebidos pelos funcionários contratados, na medida em que, tendo prestado seu labor, a contraprestação pelo contratante é devida. Entendimento contrário equivaleria a acoimar enriquecimento ilícito por parte do Erário.

Há precedente:

> Ação civil pública. Contratação de servidor sem concurso público. Não-comprovação de prejuízo ao Erário e de enriquecimento por parte do agente que praticou o ato. Ainda que tenha havido contratação e manutenção de servidores sem concurso público na gestão administrativa dos réus, praticando ato em desacordo com os princípios norteadores da Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal), reputo necessária a caracterização de dano ou de proveito patrimonial, conforme se infere do que dispõe a Lei nº 8.249/92 (TJMG - Processo nº 1.0090.04.006031-2/001 - Rel. Des. Silas Vieira - pub. em 30.09.08).

Em razão do exposto, confirmo a sentença no reexame necessário.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA e MARIA ELZA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

...

Ação de cobrança - Acidente de trabalho - Acidente pessoal - Hérnia de disco - Código de Defesa do Consumidor - Invalidez permanente - Ônus da prova

Ementa: Ação de cobrança. Acidente de trabalho. Acidente pessoal. Hérnia de disco. Código de Defesa do Consumidor. Invalidez total e permanente. Prova. Ônus.

- Alegando o réu fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a ele caberá o ônus de prová-lo.

- A lesão ocasionada pelo exercício da atividade laborativa que resulte em incapacidade para a função, ainda que temporária, é considerada acidente de trabalho para efeito de indenização securitária.

- A definição de acidente pessoal inserta no contrato de seguro deve ser interpretada de maneira mais favorável ao segurado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.06.085467-2/001 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: HSBC Seguros S.A. - Apelado: Mário Marcelino da Silva - Relator: DES. FÁBIO MAIA VIANI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2009. - *Fabio Maia Viani* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FÁBIO MAIA VIANI - Cuida-se de apelação interposta por HSBC Seguros S.A. da sentença (f. 210/216) que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Mário Marcelino da Silva, julgou procedente o pedido.

O apelante, nas suas razões (f. 219/237), argui, em preliminar, o cerceamento de defesa, já que o Juiz se convenceu da invalidez do segurado baseando-se em laudo do INSS sem lhe dar a oportunidade de produzir a contraprova.

No mérito, alega, em síntese, que, de acordo com as normas da Susep, é dever do segurado provar a ocorrência do risco coberto; é lícita a limitação de riscos; a invalidez por doença não está coberta na apólice; a correção monetária incide a partir da citação.

Pretende, rejeitada a preliminar, que seja julgado improcedente o pedido.

O apelado, nas contrarrazões (f. 243/251), refuta as alegações do apelante e pugna pela manutenção da sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Alegando o réu fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a ele cabe o ônus de prová-lo (CPC, art. 333, II).

O laudo do INSS gera presunção apenas relativa da incapacidade do seu beneficiário, podendo ser afastado mediante perícia judicial. O ônus, porém, da sua produção é da seguradora, sob pena de não conseguir provar fato impeditivo do direito do segurado.

Como, aliás, já decidi:

> Ementa: Seguro de vida em grupo. Prova pericial. Não-realização. Inércia da parte. Cobertura de invalidez por doença. Invalidez permanente e total. Incapacidade profissional. Correção monetária e juros de mora.
> - Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o réu, apesar de intimado, demonstrando desinteresse, não recolhe os honorários destinados à realização da prova pericial por ele requerida.
> - É ônus da seguradora a realização de prova técnica capaz de afastar a presunção relativa de ser total a invalidez do segurado aposentado pelo INSS.
> - A correção monetária conta-se da data em que a indenização tornou-se devida; os juros de mora, da citação inicial, por se tratar de responsabilidade contratual (TJMG - Ap. 1.0313.05.160698-3/001 - Rel. Des. Fábio Maia Viani - j. em 05.10.06).

A seguradora, mesmo diante da oportunidade de produzir prova pericial para afastar a presunção de incapacidade total e permanente gerada pelo laudo do INSS, preferiu quedar-se inerte (f. 189 e 195), não havendo, pois, que se falar em cerceamento de defesa.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

Colhe-se dos autos que o pedido de pagamento de indenização securitária formulado na inicial foi julgado procedente, porque, segundo o Magistrado, o autor, no exercício de sua função de motorista, sofreu acidente descrito como hérnia discal.

A seguradora ré insurge-se desta decisão, ao argumento de que a hérnia é doença, e não acidente, e, por isso, não configura risco coberto pelo contrato de seguro.

A análise do enquadramento da hérnia discal nas hipóteses de acidente de trabalho, espécie do gênero acidente pessoal, perpassa pela legislação previdenciária (Lei 8.213/91), donde se depreende que, de fato, a lesão sofrida pelo autor (f. 12) não é, para efeito de indenização securitária, mera doença, como sustenta a seguradora.

> Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.
> [...]
> Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:
> I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;
> II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.
> [...]
> Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:
> I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação.

E a definição de acidente pessoal, tal como consta do contrato de seguro, não prevalece sobre o conceito legal acima destacado, uma vez que as cláusulas que restringem direitos e obrigações fundamentais, além de ameaçar o equilíbrio do contrato, estão em confronto com norma expressa do Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV, e § 1°, II).

De modo que o seguro em apreço cobre o risco contra a invalidez por doença profissional, consistindo a

invalidez total na incapacidade do segurado para o exercício da função ou profissão, não para qualquer trabalho de que lhe advenha remuneração.

A correção monetária incide a partir do aviso do sinistro, a fim de recompor o real valor da indenização paga ao segurado. Não obstante, em face da barreira instransponível do princípio da *reformatio in pejus*, o termo inicial da correção encontrado pela sentença deverá ser mantido.

Nenhum reparo merece a decisão recorrida.

Nego provimento à apelação.

Custas do recurso, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SENRA DELGADO e ELPÍDIO DONIZETTI.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Prisão civil - Alimentos - Tentativa de conciliação - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Prisão civil. Alimentos. Tentativa de conciliação. Possibilidade.

- Havendo risco de desemprego com o decreto prisional ou impossibilidade de exercer atividade lucrativa por conta própria em virtude de prisão civil por inadimplemento de pensão alimentar, deve ser oportunizada a designação de nova audiência de tentativa de conciliação, mormente não comprovado nos autos que a anterior observou o devido processo legal, com a intimação pessoal do defensor público, revogando o decreto prisional ou suspendendo-o até a sua realização.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.06.220002-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: W.S.M. - Agravada: C.G.S.M. representado por sua mãe R.G.D. - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de março de 2009. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Trata-se de agravo de instrumento proposto por W.S.M. contra C.G.S.M. representada por sua mãe R.G.D., visando à reforma da decisão do Juiz de primeiro grau de f. 96/97 (f. 64/65-TJ), que decretou a prisão civil do executado, nos termos do art. 733 do CPC.

Alega o agravante que informou a impossibilidade de quitar o débito em uma única vez, requerendo a designação de audiência para parcelamento da dívida. Afirma que a pensão do mês de dezembro de 2007 foi descontada diretamente na folha de pagamento. Alega ainda que não houve intimação pessoal do defensor público para a realização da audiência. Aduz que o processo é nulo, já que a intimação é obrigatória, sendo prerrogativa do defensor público, conforme LC 80/94 e LCE 65/03, decretando-se a prisão civil do agravante. Pede que seja deferido o efeito suspensivo.

O presente agravo de instrumento foi recebido à f. 76 no efeito suspensivo.

De acordo com a certidão de f. 85, decorreu o prazo legal sem que a agravada, devidamente intimada, apresentasse resposta ao recurso interposto.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 87/92, opinando pela revogação da prisão decretada, determinando-se o retorno dos autos à comarca de origem, para que seja designada audiência de conciliação.

Conheço do agravo de instrumento, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A agravada propôs ação de execução de alimentos contra o agravante. O agravante insurge-se contra o despacho de f. 64/65 que assim decidiu:

> [...] decreto a prisão de W.S.M., pelo prazo de 30 (trinta) dias, com espeque no art. 733 do CPC e art. 19 da Lei 5.478/68, determinando a expedição do competente mandado de prisão, considerando como valor devido aquele apresentado à f. 66 e mais as parcelas vencidas até a data do efetivo pagamento.

Verifica-se dos autos que o agravante foi devidamente intimado para, no prazo de 03 (três) dias, pagar o débito no valor de R$ 1.991,02 (mil novecentos e noventa e um reais e dois centavos), motivo pelo qual requereu a designação de audiência de conciliação para tentar obter o parcelamento da dívida restante.

Alega o agravante que foi designada audiência para o dia 11.06.2008, não havendo intimação pessoal do defensor público e do agravante, motivo pelo qual foi frustrada a sua realização, o que configura a nulidade do processo.

De acordo com o termo de audiência de f. 55, o agravante não compareceu à audiência de conciliação, nem o seu patrono da Defensoria Pública. As peças, como

bem ressalta a Procuradoria de Justiça, demonstram que não houve intimação pessoal do defensor público, trazendo-lhe prejuízo processual.

O Código de Processo Civil impõe ao juiz o dever de tentar promover a conciliação das partes, ou, ao menos, dar-lhes oportunidade para fazê-lo, antes da instrução e julgamento. É o que se observa dos arts. 125, IV, 331, 447 e 448.

Dessa forma, o que se impõe é a tentativa de conciliação.

Ainda que tivesse sido realizada a audiência conciliatória, é certo que o não comparecimento do autor não lhe causaria prejuízos processuais, sendo interpretado como mera recusa de celebrar acordo (vide STJ, REsp. 29.738-6/BA). No entanto, há circunstância a ser sopesada, ressaltada pelo ínclito representante do Ministério Público, em face da falta de intimação pessoal do defensor público.

Transcrevo, pela presteza, trecho do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça:

> O MM. Juiz de 1° Grau, após não ter o executado comparecido à audiência de conciliação designada, decretou a prisão civil do devedor.
> Conforme se nota às f. 31/32, TJ, foi apresentada pelo executado justificativa para o débito e requerimento de designação de uma audiência de conciliação para que fosse apreciada a proposta de parcelamento do débito por ele. apresentada, tendo sido requerida também pelo IRMP a realização de uma audiência, conforme se nota às f. 45/v.,TJ.
> Foi então designada pelo MM. Juiz de 1° Grau à f. 46, TJ, audiência para tentativa de conciliação, tendo sido esta redesignada para o dia 11 de junho por falta de horário disponível na pauta do dia 24 de abril.
> Analisando detida e cuidadosamente os autos, realmente não verifiquei nenhum comprovante de intimação do executado nem da Defensoria Pública para comparecimento à audiência que se realizou no dia 11 de junho de 2008 às 09h30.
> É cediço que, se tais comprovantes de intimação não constam dos autos, é também inexistente no mundo jurídico, e, assim sendo, não pode jamais ter sido o executado considerado como intimado se não o foi formalmente.
> Razão assiste ao agravante ao argumentar em suas razões a necessidade de ser a Defensoria Pública intimada pessoalmente, visto ser uma prerrogativa concedida a tal órgão, prerrogativa esta que jamais deverá ser violada.
> Não quero de forma alguma, através do posicionamento apresentado neste parecer, privilegiar a inadimplência do executado, mas sim sanar um vício que se verifica nos autos e que é prejudicial ao ora agravante.
> A dívida exeqüenda existe e deverá ser quitada pelo executado, mas não entendo que, neste momento, a melhor solução para o feito seja o estabelecimento do decreto de prisão do devedor, pois certamente preso acabará por ser demitido do emprego que possui, o que dificultará sobremaneira que este venha a quitá-la.
> A meu ver, *data venia*, a melhor solução para o caso em tela é a designação de nova audiência para tentativa de conciliação, com a correta intimação das partes, devendo só depois de realizada esta, e sem que haja conciliação, ser decretada a prisão civil do devedor.
> Frente ao exposto, por entendermos que deverá ser realizada audiência de conciliação antes de ser decretada a prisão civil do executado, manifesta-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso, devendo ser revogada a prisão decretada, determinando-se o retorno dos autos à comarca de origem, para que seja designada nova audiência de conciliação.
> É o parecer.
> Belo Horizonte, 4 de março de 2009.
> Carlos Eduardo Mafra Cavalcanti - Procurador de Justiça.

Além disso, no presente caso, está demonstrado que o valor da pensão alimentícia está sendo descontado diretamente de sua folha de pagamento. A prisão impedirá o alimentante de trabalhar e pagar a pensão alimentícia, que está sendo descontada diretamente de sua folha de pagamento.

A agravada, devidamente intimada, não apresentou resposta ao recurso apresentado, devendo, portanto, ser oportunizada nova tentativa de conciliação entre as partes.

A realização de nova audiência não obstará novo decreto prisional, se a conciliação mostrar-se inviável, se for o caso.

Com tais considerações, dou provimento ao agravo de instrumento, revogando a prisão decretada e determinando o retorno dos autos à comarca de origem, para que seja designada nova audiência de conciliação, observado o devido processo legal.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ARMANDO FREIRE e ALBERTO VILAS BOAS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Divórcio consensual direto - Cônjuge residente no exterior - Procurador com poderes especiais - Representação - Audiência de conciliação - Comparecimento - Impossibilidade - Admissibilidade do pedido - Ratificação do pedido - Questões relativas à filha e bens do casal - Necessidade de audiência

Ementa: Divórcio consensual direto. Cônjuge residente no exterior, representado por procurador com poderes especiais. Impossibilidade de comparecimento à audiência de conciliação. Admissibilidade do pedido. Necessidade de audiência para ratificação do pedido e solução sobre questões relativas à filha e bens do casal.

- No divórcio consensual direto, o fato de um dos cônjuges residir no exterior, a impossibilitar seu compareci-

mento à audiência preliminar de conciliação, não induz à extinção do processo sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido. O processo deve prosseguir, facultando-se a produção de provas, designando-se audiência de ratificação do pedido, com a presença do procurador constituído, munido de procuração com poderes especiais, ato no qual se decidirá sobre as demais questões relativas à filha menor, pensão alimentícia e bens a partilhar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.08.257557-9/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: W.J.B. e outro - Relator: DES. WANDER MAROTTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 24 de março de 2009. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA - Conheço do recurso.

W.J.B. e sua mulher G.G.B. requereram que fosse decretado o seu divórcio consensual direto ao argumento de que são casados desde 07.05.88, sob o regime de comunhão universal de bens; que em 22.02.01 nasceu a única filha do casal, E.P.G.C.B. Ressaltam que em 2001 o autor foi tentar a sorte nos Estados Unidos e que em 2002 sua esposa seguiu o mesmo caminho, deixando a filha sob a guarda dos avós maternos. Entretanto, em novembro de 2005, resolveram, de comum acordo, separarem-se definitivamente, passando a viver em casas separadas, e em 2007 o autor regressou ao Brasil. Para regularizar a situação, a autora constituiu a irmã como sua bastante procuradora, dispensando as partes o direito de alimentos e informando que a filha do casal permanecerá sob a guarda dos avós maternos, podendo o pai visitá-la quando desejar, obrigando-se os autores a suprirem suas necessidades básicas. Por tais motivos, pugnam pela procedência do pedido. Requereram os benefícios da justiça gratuita - deferidos.

O Ministério Público opinou pela designação de audiência.

A sentença deferiu o pedido e homologou o acordo celebrado entre as partes, decretando o divórcio, nos termos do art. 1.571, IV, c/c o art. 1.580, § 2º, do Código Civil (f. 27/29).

Inconformado, recorre o Ministério Público (f. 30/35), sustentando a necessidade da designação de audiência de reconciliação ou ratificação como determina o art. 1.122 do CPC. Ressalta que o juiz monocrático decidiu pela desnecessidade da audiência, utilizando-se, por analogia, do procedimento previsto no art. 1.124 do CPC, introduzido pela Lei nº 11.441/2000. Entretanto, em casos tais, há necessidade da presença dos cônjuges - ou procuradores - legalmente constituídos perante o Tabelião, que atestará o desejo pela homologação do divórcio. Enfatiza que, nos termos da Resolução nº 35/2007, do CNJ, em caso de a parte ser representada por procurador, deve ser constituído por instrumento público por tratar-se de ato personalíssimo, aplicando-se ainda o disposto no Provimento nº 164/2007 da Corregedoria de Justiça. Assim, por simetria com o procedimento extrajudicial, os cônjuges devem comparecer perante o Juízo para ratificarem a manifestação de se divorciarem, nos termos do art. 40, § 2º, III, da Lei do Divórcio, c/c o art. 1.122 do CPC, afirmando que a manifestação de vontade não ficou demonstrada nos autos. Alega que a r. decisão não apreciou a prova de separação, nem mesmo sobre os direitos e deveres atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento das cláusulas porventura avençadas.

Em contrarrazões, os apelados pugnam pelo improvimento do recurso.

Às f. 56/59, manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela manutenção da sentença.

Os autores ajuizaram o presente pedido de divórcio consensual direto afirmando não mais haver quaisquer condições de vida em comum, estando separados de fato há mais de dois anos, instruindo o pedido com a documentação necessária.

O instrumento de mandato de f. 14/15, assinado pela autora, dando amplos poderes para ser representada por sua procuradora perante qualquer Juízo, levado a efeito perante o Consulado-Geral da República Federativa do Brasil em Nova York (f. 20/21), assinado pelo Vice-Cônsul, comprova que a autora reside nos Estados Unidos da América, em 319 Ferry ST. Newark.

Estando demonstrado que a autora reside fora do país há mais de quatro anos, não se justifica a exigência de que se faça presente em audiência, já que evidenciada a dificuldade que o fato lhe acarretaria.

Nesse sentido, tem-se posicionado este Tribunal:

> Divórcio consensual. Audiência preliminar de conciliação. Cônjuge. Não-comparecimento. Impossibilidade material. Extinção do processo. Ausência de previsão legal. Audiência de ratificação do pedido. Parte. Comparecimento por intermédio de procurador. Inteligência do art. 201 do CC. - O não-comparecimento do cônjuge-varão, por impossibilidade material, à audiência preliminar de conciliação na ação de divórcio consensual não acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito, uma vez que não há previsão legal que o permita. Nesta hipótese, o Juiz deve dar continuidade ao processo, possibilitando a produção de provas, designando audiência de ratificação do pedido, facultando à

parte comparecer por intermédio de procurador munido de poderes específicos, a símile do art. 201 do CC (TJMG - AC 28.104/8 - 2ª Câmara Cível - Rel. Des. Lauro Pacheco Filho - *DJ* de 16.05.95).

Ação de divórcio consensual direto. Não-comparecimento da mulher ausente do país há mais de 3 anos, devidamente representada por procurador. Extinção do processo. Impossibilidade. - Estando devidamente comprovada a impossibilidade material da parte e presente a outorga de poderes específicos a seu procurador, é de se proceder à ratificação, sob pena de supressão da lógica, do bom senso, e da finalidade maior da atividade jurisdicional do Estado. Recurso provido (Agravo nº 226.874-6/00 - 4ª Câmara Cível - Rel. Des. Bady Curi - j. em 16.05.02).

Ação de divórcio direto. Não-comparecimento do autor ausente do país há mais de 9 anos, devidamente representado por seu procurador. Ausência de obscuridade da decisão, bem como de bens a serem partilhados. Improvimento do recurso (Ap. Cível 141.833-4/00 - Rel. Des. Rubens Xavier Ferreira - j. em 14.12.99 - pub. em 18.02.00).

Entretanto, apesar de estar correta a documentação apresentada, o casal possui uma filha ainda menor, não havendo, na inicial, qualquer prova de que sua guarda tenha sido deferida aos avós, referência alguma à pensão alimentícia devida, nem mesmo aos bens do casal a serem partilhados.

Acresça-se que as declarações de terceiros apresentadas pelos autores não se prestam a comprovar o tempo de separação de fato do casal, uma vez que ambos residem na cidade de Governador Valadares e, segundo consta da inicial, o marido retornou ao Brasil em 2007, não havendo, nos autos, qualquer documento a demonstrar que já se encontravam separados antes do seu regresso.

A propósito:

Direito de família. Direito processual civil. Apelação. Divórcio consensual. Separação de fato por mais de dois anos. Prova. Ausência. Designação de audiência de instrução e julgamento. Necessidade. Inocorrência. Irregularidade. Cassação da sentença. Recurso provido. - A decretação do divórcio direto do casal depende da prova da separação de fato por mais de dois anos consecutivos (Ap. Cível nº 1.0105.06.205194-8/001 - Rel. Des. Moreira Diniz - j. em 17.01.08 - pub. em 31.01.08).

Em resumo: no divórcio consensual direto, o fato de um dos cônjuges residir no exterior, a impossibilitar seu comparecimento à audiência preliminar de conciliação, não induz à extinção do processo sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. O processo deve prosseguir, facultando-se a produção de provas, designando-se audiência de ratificação do pedido, com a presença do procurador constituído, munido de procuração com poderes especiais, ato no qual se decidirá sobre as demais questões relativas à filha menor, pensão alimentícia e bens a partilhar.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para cassar a r. decisão recorrida e determinar o prosseguimento do feito como requerido na inicial, facultada a produção de provas, seguida de designação de audiência de ratificação.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BELIZÁRIO DE LACERDA e HELOÍSA COMBAT.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Contribuição previdenciária - Proventos - Militar inativo - Arts. 40, § 12, e 195, II, da Constituição Federal - Período posterior à Emenda Constitucional 41/03 - Regime geral de previdência social - Incidência sobre o que ultrapassar o teto - Princípio da solidariedade social - Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da previdência - Desconto indevido - Suspensão - Assistência médica - Prestação do serviço após a suspensão da contribuição

Ementa: Proventos de servidores militares inativos. Contribuição previdenciária. Art. 40, § 12, e 195, II, da Constituição Federal. Período posterior à EC 41/03. Incidência sobre o que ultrapassar o teto do regime geral de previdência social. Princípio da solidariedade social e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da previdência. Suspensão dos descontos indevidos. Continuação da prestação do serviço de assistência médica após a suspensão da contribuição.

- A partir da edição da EC 41/03, passou a ser compatível com a ordem constitucional brasileira a exigência de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos, incidente, porém, apenas sobre o valor que exceder ao teto do regime geral de previdência.

- A exigência de contribuição previdenciária aplica-se não apenas aos servidores civis, mas também aos militares em razão dos princípios da solidariedade social e da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da previdência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.267813-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Francisco de Freitas Lima - Apelados: IPSM - Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais, Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Diretor-Geral do

IPSM - Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais - 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 REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de janeiro de 2009. - *Fernando Bráulio* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BRÁULIO - Trata-se de apelação contra sentença mediante a qual o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado julgou procedente o pedido formulado por Francisco Freitas de Lima em mandado de segurança, com pedido de liminar, por ele impetrado, com o fim de obter a suspensão dos descontos de 8% concernentes à contribuição previdenciária incidente sobre seus proventos de aposentadoria, destinada ao custeio da saúde e à formação de pecúlio para pensão, mantendo-se os benefícios previstos em lei para o servidor e seus dependentes.

Liminar indeferida, à f. 27.

O MM. Juiz *a quo* negou a segurança, sob o fundamento de que a EC 41/2003 não se aplica aos militares, que possuem tratamento diferenciado em relação aos servidores civis. Para corroborar sua tese, chama a atenção para o fato de que, com a edição da EC 41/2003, o Estado de Minas Gerais editou a LC 77/ 2004, instituindo a contribuição do servidor civil em 11%, não o fazendo em relação aos militares. Ressalta, ainda, o caráter contraprestacional do desconto realizado para custear os serviços de saúde, cuja suspensão acarretaria prejuízos ao servidor militar e a seus dependentes.

O impetrante interpôs recurso de apelação, alegando, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido contraposto formulado pelos impetrados em sede de mandado de segurança. No mérito, protesta pela aplicação da EC 41/2003 aos servidores militares, com a consequente suspensão do desconto efetuado a título de "IPSM mensalidade", mantendo-se os serviços de atendimento médico ao impetrante e aos seus dependentes.

O Estado de Minas Gerais apresentou contrarrazões, às f. 181 a 192, alegando, em síntese, que a legislação que supostamente daria amparo ao direito do impetrante não se aplica à hipótese dos autos, tendo em vista que diz respeito tão somente aos servidores civis, e não aos militares, como é o caso. Esclarece que o termo prestação previdenciária abrange benefícios e serviços e que a parcela cobrada a título de IPSM mensalidade é destinada ao pagamento de ambos, de forma a favorecer o equilíbrio atuarial do sistema. Alega, ao final, que a sentença que determina a manutenção dos serviços de saúde, suspendendo a cobrança da contrapartida, viola o dispositivo constitucional que veda a criação de benefício ou serviço sem a correspondente fonte de custeio (CF, art. 195).

O IPSM - Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais, em contrarrazões, às f. 170/180, alega que o apelado é carecedor de ação por não ser vinculado ao regime geral da previdência social, nem ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Civis. Alega que a legislação não especifica o percentual da contribuição que se destina à saúde e, sendo assim, a não contribuição para a previdência implicará a ausência de contribuição para a saúde, inviabilizando o sistema. Pede que seja denegada a segurança e determinada a interrupção do benefício de assistência à saúde em relação ao segurado-apelado e de seus dependentes.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do douto Arnaldo Gomes Ribeiro, às f. 199 a 202, opinou pelo provimento parcial da apelação, determinando unicamente cessarem os descontos previdenciários relativamente aos valores que não excedam o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência.

Conheço da remessa, decorrente da exigência do duplo grau de jurisdição, e dos recursos voluntários, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Suscita o IPSM - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais preliminar de carência da ação, alegando que os militares possuem regime próprio de previdência e, sendo assim, estariam excluídos da imunidade parcial de contribuições dos inativos estabelecida pela Constituição, após o advento da EC 41/03. Não prospera tal preliminar, que se confunde com o mérito da presente ação, razão pela qual será examinada mais adiante.

Igualmente, não merece acolhida a alegação de que se trata de mandado de segurança contra lei em tese, pois o impetrante visa afastar atos concretos, relativos a descontos previdenciários que reputa indevidos.

Entre a edição da EC 20/98 e a EC 41/03, era firme o entendimento de que não incidia contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos, nos exatos termos do art. 195, II, da CR/88, com a redação então vigente.

No período entre a edição da EC 20/98 e a EC 41/03, os aposentados estavam imunes, no Estado de Minas Gerais, à contribuição previdenciária destinada ao custeio da aposentadoria e de pensão. Nesse sentido, este egrégio Tribunal de Justiça consolidou o entendimento:

> Ementa: Ação ordinária de cobrança. Contribuição de servidor público aposentado. Militar. Reembolso das parcelas descontadas. Exação lançada após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98. Aplicabilidade do art. 5º da Emenda Constitucional nº 41/03. Sentença mantida. - Consoante entendimento jurisprudencial dominante, o art. 195, inciso II, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, que dispõe pela não incidência da contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201, aplica-se, também, aos servidores públicos inativos militares, ante o disposto no § 12 do art. 40 da Carta Magna, acrescentado pela mesma EC 20/98. 'A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, vincula todos os Tribunais do País e, assim, torna-se irrelevante o fato de o recorrente ser servidor militar, eis que o STF não fez qualquer ressalva quanto aos militares; em suma, as disposições da EC nº 41/03, aplicam-se aos servidores militares de maneira geral' (Processo nº 1.0024.05.830013-8/001 - Relatora: Des.ª Heloísa Combat - Relator do acórdão: Des. Alvim Soares - Data da publicação: 13.04.2007).

Posteriormente, a EC 41/03 introduziu uma série de mudanças nas regras relativas às aposentadorias e pensões, entre as quais a possibilidade de cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos aposentados. Em agosto de 2004, por 7 votos a 4, o STF considerou constitucional a cobrança de contribuição previdenciária dos atuais inativos e pensionistas, isentos, contudo, até o valor da parcela de seus proventos inferior ao teto do regime geral da previdência social. Os principais argumentos em que se baseou a decisão foram a inexistência de norma de imunidade tributária absoluta e a necessidade de obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Confira-se trecho do voto do Ministro César Peluso no julgamento da ADI 3.105-8, julgada em 18.08.2004:

> Os servidores aposentados antes da edição da EC nº 41/2003 não estão à margem do grupo socioeconômico conexo à finalidade da previdência social; antes, porque sua subsistência pessoal depende diretamente dos benefícios pagos, interessa-lhes sobremodo a manutenção do sistema. A circunstância de estarem aposentados não lhes retira de per si a responsabilidade social pelo custeio senão que antes a acentua e agrava, à medida que seu tratamento previdenciário é diverso do reservado aos servidores da ativa. Enquanto os primeiros se aposentaram com os vencimentos integrais, os que ingressarem após a edição da Emenda poderão, pelo regime público (art. 40, § 14), receber, no máximo, o valor correspondente a dez salários mínimos [...]. Seria desproporcional e, até injusto, sobrecarregar o valor da contribuição dos servidores ativos para concorrerem à manutenção dos benefícios integrais dos inativos, sabendo-se que os servidores ora em atividade (grupo III) poderão, à aposentadoria, receber, no máximo, proventos cujo valor não ultrapassará dez salários mínimos, de modo que, fosse outro o tratamento, contribuiriam para manter benefícios equivalentes a proventos integrais, mas receberiam até o limite do regime geral da previdência (Voto do Min. César Peluso na ADI nº 3.105-8, 2004).

Tendo as decisões definitivas de mérito proferidas em sede de controle de constitucionalidade eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, são elas obrigatórias para os demais membros do Poder Judiciário.

Desse modo, a controvérsia central que se extrai dos autos é se o entendimento esposado pelo STF contempla ou não os servidores militares. Quanto a esse ponto, filio-me à corrente que entende que sim, tendo em vista que não foi conferido tratamento diferenciado aos militares frente aos civis (Processo nº 1.0024. 04. 327950-4/003 (1), *DJ* 09.08.2007), estando presentes as mesmas razões em um e outro caso, que constituem o espírito, por assim dizer, da própria reforma da previdência, especificamente, os princípios relacionados à equidade, solidariedade e à busca de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Nesse sentido, é firme a jurisprudência:

> Ementa: Constitucional e tributário. EC nº 41/2003. Contribuição previdenciária. Proventos de servidores militares inativos. Incidência.
> 1. A contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos inativos e pensionistas, nos moldes em que prevista na Emenda Constitucional nº 41/2003, abrange tanto os servidores inativos civis quanto os militares. Precedentes.
> 2. Recurso ordinário improvido (STJ - Recurso em Mandado de Segurança nº 22.360 - RJ - Relator: Min. Castro Meira - 2006).

> Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão que concedeu em parte a segurança. Cabimento. Contribuição previdenciária. Inativos e pensionistas. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 3.105/DF e 3.128/DF. Art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/03. Constitucionalidade. Militares. Aplicação. Princípio da igualdade. Art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.
> 1. É cabível a interposição de recurso ordinário pelo impetrante contra acórdão que concede parcialmente a segurança. Precedentes.
> 2. No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nos 3.105/DF e 3.128/DF, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu ser constitucional a instituição pelo art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/03 de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e de pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.
> 3. Não fez o STF distinção alguma quanto a regime jurídico próprio - militar ou civil -, por força do princípio supremo da igualdade e equidade na forma de participação do custeio, devendo todos atuar de forma solidária, a fim de buscar o equilíbrio financeiro e atuarial do Estado.
> 4. Nos termos do art. 102, § 2º, do texto constitucional, a decisão definitiva de mérito proferida pelo STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade produz efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.
> 5. Recurso ordinário não provido (RMS 20.744/RJ - Rel. Min. João Otávio de Noronha - *DJU* de 29.05.06).

> Constitucional. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária sobre proventos de inativo. Policial militar. Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 4.725/04. EC nº 41/03. Arts. 40 e 42, § 1º, da Constituição Federal. Princípio da solidariedade social.
> 1. Mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Aidano da Silva Sobrinho contra ato da Governadora do Estado do Rio de Janeiro, que, por meio da Lei Estadual nº 4.725/04, determinou a cobrança de contribuição previdenciária dos militares estaduais inativos. O TJRJ concedeu parcialmente a segurança, limitando a exação ao valor que ultrapassar R$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), em conformidade com o entendimento manifestado pelo STF. Recurso ordinário do particular afirmando que a decisão do STF só se aplica aos servidores regidos pelo regime do art. 40 da Carta Magna, e não aos militares, que possuem regime próprio. Contrarrazões sustentando que a EC nº 41/03 atribuiu aos Estados a responsabilidade para legislar sobre a situação dos pensionistas militares e que na ADIN nº 3.105 não há distinção entre servidores civis e militares. Parecer do MPF pelo desprovimento do apelo.
> 2. A contribuição previdenciária tem como fato gerador a percepção de proventos de aposentadorias ou pensões, na forma do art. 4º, parágrafo único, da EC nº 41/03, devendo ser instituída pelo ente titular de competência para arrecadá-la em seu território, por lei em sentido material, conforme o art. 150, I, da Constituição Federal. No Estado do Rio de Janeiro, a Lei 4.275/04 materializou a determinação constitucional, normatizando a submissão dos servidores militares às contribuições de natureza previdenciária.
> 3. O texto do art. 40 da Constituição Federal, alterado pela EC nº 41/03, é claro ao eleger como destinatários de seu comando tanto o funcionalismo civil como o militar; tanto os servidores da ativa como os aposentados. A extensão de tratamento diferenciado e privilegiado aos servidores públicos militares não pode ser permitida, devendo-se consolidar o entendimento de que a Lei 4.275/04 do Estado do Rio de Janeiro apenas disciplinou a matéria sob os auspícios do texto da Carta Maior, fundando-se na solidariedade social e na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da previdência.
> 4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido (RMS 20.242/RJ - Relator: Min. José Delgado - Primeira Turma - j. em 27.09.2005 - *DJ* de 17.10.2005, p. 176).

Resta, agora, enfrentar a questão relativa à manutenção ou não da prestação dos serviços de assistência médica ao segurado e aos seus dependentes com a suspensão do desconto correspondente.

Pois bem. Segundo o art. 4º da Lei nº 10.366/90, a contribuição para custeio dos benefícios e serviços prestados pelo Ipsemg é fixada, compulsoriamente, no valor de 8% (oito por cento). Dessa maneira, não existindo diferenciação entre a parcela devida a título de contribuição para a saúde e aquela devida para custeio de aposentadoria e pensão, não se pode penalizar o segurado, impondo-se a suspensão do desconto, mas mantendo-se a prestação dos serviços.

Inadmissível é, portanto, a cobrança da contribuição social pela alíquota de 8% para os proventos, mormente considerando-se que o art. 4º da Lei 10.366/90 não faz diferenciação entre a contribuição destinada ao custeio da saúde da destinada ao custeio dos benefícios.

Nesse sentido, vale trazer à colação as palavras do Des. Dárcio Lopardi Mendes, no Processo nº 1.0024.06.252432-7/001(1), julgado em 21.02.2008:

> Ressalte-se, ainda, que o direito à saúde é direito fundamental garantido pela CR/88, não estando sujeito a qualquer condição ou implemento de contribuição, razão pela qual não é possível ao Instituto de Previdência requerido negar-se a prestar atendimento ao segurado e a seus dependentes.

Com tais fundamentos, em reexame necessário, reformo a r. sentença, determinando a suspensão dos descontos previdenciários relativamente aos valores que não excedam o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência, mantendo-se a prestação dos serviços de saúde ao impetrante e a seus dependentes, prejudicado o recurso voluntário.

Sem honorários, pois incabíveis na espécie.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Acompanho o em. Relator, mas peço vênia apenas para registrar que a inconstitucionalidade dos dispositivos da lei questionada deveria, a rigor, ser declarada pela eg. Corte Superior deste Tribunal, nos termos dos arts. 480 e 481 do CPC. Contudo, há dispensabilidade de instauração do incidente de inconstitucionalidade, consoante as razões declinadas abaixo. Com efeito, o art. 248 do RITJMG prevê:

> Art. 248. Submetida a questão da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público ao órgão a que tocar o conhecimento do processo, será a arguição levada ao julgamento da Corte Superior, se reconhecida a sua relevância.
> § 1º A arguição será tida como irrelevante quando:
> I - já houver sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal;
> II - já houver sido decidida pela Corte Superior;
> III - for inequivocamente improcedente;
> IV - o julgamento, pelo órgão a que couber o conhecimento do processo em que se levantou a arguição, puder ser feito independentemente da questão constitucional.

De fato, a questão da inconstitucionalidade da contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos, antes da edição da Emenda Constitucional Federal nº 41/03, já havia sido apreciada pelo col. Supremo Tribunal Federal nos termos ora adotados, a exemplo dos seguintes precedentes paradigmáticos: ADIMC nº 2.010-2/DF, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no *DJ* de 12.04.2002; ADIMC nº 2189/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado no *DJ* de 09.06.2000. Nesse diapasão, é possível considerar que a questão fora decidida pelo Plenário do Supremo

Tribunal Federal, ainda que não o tenha sido, especificamente, a partir da análise da lei ora questionada, senão reflexamente. Nesses termos, dou por irrelevante a instauração de incidente de declaração de inconstitucionalidade perante a eg. Corte Superior, em razão do disposto no art. 481 do CPC, c/c o art. 248, § 1°, I, do Regimento Interno deste eg. Tribunal.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - De acordo.

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

...

Mandado de segurança - Policial civil - Processo-crime em curso - Trânsito em julgado - Ausência - Remuneração - Redução - Lei estadual - Não recepção pela Constituição Federal - Direito líquido e certo

Ementa: Mandado de segurança. Policial civil. Processo-crime em curso. Trânsito em julgado. Ausência. Redução de remuneração. Lei estadual. Não recepção pela Constituição Federal. Direito líquido e certo. Presença. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Sentença confirmada.

- Ausente o trânsito em julgado da decisão proferida em sede de processo-crime movido contra policial civil, não há falar em redução do vencimento do servidor, uma vez que a previsão contida no art. 79, § 1°, da Lei Estadual n° 869/52 não foi recepcionada pela Constituição Federal.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Em reexame necessário, confirma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.07.440951-7/003 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelados: Adauto Moreira Nascimento e outro - Autoridade coatora: Diretor da Superintendência de Pagamento Pessoal - Seplag - Relator: DES. KILDARE CARVALHO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 19 de março de 2009. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO - Trata-se de reexame necessário, bem como de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida pela MM. Juíza da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Adauto Moreira Nascimento e outro contra ato do Diretor da Superintendência Central de Pagamento de Pessoal da Seplag, concedeu a ordem, para anular o ato administrativo praticado pelo coator, mantendo-se as remunerações integrais dos impetrantes, sem que haja a incidência dos descontos sob a rubrica de "anulação de remuneração - suspensão/condenação".

Alega o apelante que a r. sentença merece ser reformada, na medida em que as responsabilidades administrativa e penal são autônomas. Aduz que os descontos efetuados nos vencimentos são necessários, tendo em vista a ausência de prestação de serviços por parte dos autores e não por se embasar na possibilidade ou provável condenação dos mesmos. Argumenta que essa interpretação se encontra em consonância com os princípios da proporcionalidade, da moralidade e ainda da eficiência da Administração Pública. Finaliza requerendo a reforma da r. sentença, com a denegação da segurança.

Conheço da remessa oficial do processo, bem como do recurso voluntário interposto, presentes os pressupostos para sua admissão.

Ao que se vê dos autos, a questão posta em julgamento nesta oportunidade diz respeito à possibilidade de o servidor público, no caso policial civil, que esteja preso por crime comum ou tenha sido denunciado por crime funcional, veja o seu vencimento reduzido em um terço, durante o período em que estiver afastado de suas funções.

Vale dizer, gira a controvérsia em torno da validade da norma estadual contida no Estatuto dos Servidores Públicos Civis de Minas Gerais que determina a perda temporária de um terço do vencimento do servidor que tenha sido preso por crime comum ou denunciado por crime funcional, até o trânsito em julgado da decisão final do processo-crime.

Eis o que preceitua o art. 79 da Lei Estadual n° 869/52:

> Art.79. O funcionário preso por crime comum ou denunciado por crime funcional ou, ainda, condenado por crime inafiançável em processo no qual não haja pronúncia, será afastado do exercício até decisão final passada em julgado.

> §1° Nos casos previstos neste artigo, o funcionário perderá, durante o tempo do afastamento, um terço do vencimento ou remuneração, com direito à diferença, se absolvido.

Pois bem. Cumpre proceder à situação específica destes autos.

Adauto Moreira Nascimento e Ozéias Teixeira de Paulo são policiais civis, detentores do cargo de Agente de Polícia, e foram denunciados (Ação nº 024.06. 106262-6) pela prática dos crimes de extorsão (art. 158, Código Penal) e de exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350, Código Penal).

Em primeira instância, o MM. Juiz de origem acolheu parcialmente a denúncia, condenando os autores pela prática da infração penal prevista no art. 158, § 1°, do Código Penal e, por consequência, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 16 (dezesseis) dias-multa.

Foi interposta apelação criminal, que decidiu apenas pela redução do valor do dia-multa, mantendo, quanto ao mais, todos os termos da sentença (Ap. Criminal nº 1.0024.06.106262-6/001 - Rel. Des. Edelberto Santiago - *DJ* de 15.04.08).

Opostos embargos de declaração pelos ora apelados, foi o recurso parcialmente acolhido, tão somente para alterar o regime inicialmente fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade de fechado para semi-aberto (Embargos de Declaração nº 1.0024.06. 106262-6/002 - Rel. Des. Edelberto Santiago - *DJ* de 1°.07.08).

Embora já decidido nesta Instância Recursal, o processo ainda está em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça, portanto, inexiste, até o momento, decisão final transitada em julgado.

Com efeito, verifica-se que, no caso dos autos, os apelados pretendem continuar percebendo sua remuneração de forma integral, a despeito de se encontrarem recolhidos na Casa de Custódia do Policial Civil, invocando, para tanto, a não recepção do § 1° do art. 79 da Lei Estadual nº 869/52, acima citada.

Efetivamente, constato a presença do direito líquido e certo invocado por esta via.

É que, conforme disposição expressa contida na Constituição, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5°, LVII).

A previsão inserta na Lei nº 869/52, no sentido de reduzir o vencimento em um terço enquanto durar o afastamento do servidor, agride frontalmente a Constituição e, portanto, pode ser considerada como norma não recepcionada.

Com efeito, a despeito de o apelante alegar que o sentido do corte da remuneração se deve ao não exercício do cargo no período, evitando-se o pagamento sem a contraprestação, não me parece ser esta a *mens legis* a ser extraída.

Isso porque, a uma leitura atenta do dispositivo impugnado, nota-se que há a previsão de pagamento da diferença suprimida em caso de absolvição do acusado, o que fortalece o raciocínio de que a percepção do vencimento de forma integral ou reduzida está atrelada ao resultado lançado na decisão do processo criminal.

Nesse contexto, entendo que a norma constitucional encerra em si uma garantia salutar e que não pode ser olvidada por disposição de lei estadual que com ela não é compatível.

Dessarte, impõe-se àquele que se encontra sendo processado criminalmente a concessão de um tratamento inerente ao estado de inocência. Portanto, a adoção de medidas restritivas somente deve se dar quando estritamente necessárias, o que não é o caso em debate. É importante reafirmar: a presunção de culpabilidade apenas efetivamente se dá com o definitivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dentro desse contexto, pode-se concluir, ao contrário do que entende o apelante, que o § 1° do art. 79 da Lei Estadual nº 869/52 não foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

Veja, a respeito, o posicionamento deste Tribunal em caso análogo ao dos autos:

> Administrativo. Mandado de segurança. Autoridade coatora. Legitimidade *ad causam*. Servidor público. Denúncia por prática de crime de tortura. Afastamento temporário. Redução nos vencimentos. Art. 79, § 1°, Lei 869/52. Impossibilidade. Presunção de inocência.
> 1 - [...]
> 2 - A previsão de perda de um terço dos vencimentos pelo servidor público afastado do exercício do cargo em virtude de ter sido denunciado por crime funcional, prevista no § 1° do art. 79 da Lei Estadual nº 869/52, em face de seu caráter punitivo, não foi recepcionada pelo inc. LVII do art. 5° da Constituição da República de 1988.
> 3 - O afastamento de servidor público denunciado pela prática de crime de tortura, em atendimento ao princípio da razoabilidade e ao manifesto interesse público, não fere o princípio da presunção da inocência (Apelação nº 1.0024. 05.777118-0/002 - Rel. Des. Edgard Penna Amorim - *DJ* de 27.08.08).

> Constitucional e administrativo. Servidores públicos afastados em razão de denúncia por crime funcional. Mandado de segurança. Desconto em suas remunerações. Impossibilidade. Violação ao princípio da presunção de inocência. Ordem concedida. Inteligência dos artigos 5°, LVII, e 37, XV, da Constituição Federal de 1988. - A todo servidor público, mesmo que denunciado por crime funcional, impõe-se garantir o direito de perceber integralmente sua remuneração, sob pena de ferimento da garantia penal da presunção de inocência, inerente ao Estado de Direito (Mandado Segurança nº 1.0000.04.411730-7/000 - Rel. Des. Nepomuceno Silva - *DJ* de 08.04.05).

Colocando uma pá de cal sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 482.006-4/MG, declarou a

não recepção da norma aqui discutida em face da Constituição Federal, em sede de controle difuso. Eis a ementa do julgado:

> O art. 2º da Lei Estadual 2.364/61 do Estado de Minas Gerais, que deu nova redação à Lei Estadual 869/52, autorizando a redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente, dispositivo não-recepcionado pela Constituição de 1988, afronta os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. Recurso improvido.
> I - A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos.
> II - Norma estadual não recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição.
> III - Impossibilidade de pronunciamento desta Corte sobre a retenção de Gratificação de Estímulo à Produção Individual - GEPI, cuja natureza não foi discutida pelo tribunal *a quo*, visto implicar vedado exame de normas infraconstitucionais em sede de RE.
> IV - Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido (STF - Tribunal Pleno - REx nº 482. 006-4/MG - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - *DJ* de 14.12.07).

Assim e nesse contexto, merece confirmação a r. sentença que concedeu a segurança, uma vez que restou plenamente configurada a presença do direito líquido e certo a amparar a pretensão dos impetrantes.

Com essas considerações, em reexame necessário, confirmo integralmente a r. sentença, restando prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da Lei nº 14.939/2003.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SILAS VIEIRA e MANUEL SARAMAGO.

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

. . .

Ação ordinária - Licitação - Pregão - Procedimento administrativo punitivo - Regularidade e legitimidade - Ampla defesa - Contraditório - Garantias constitucionais - Sanção administrativa - Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública - Ato administrativo - Anulação - Improcedência

Ementa: Administrativo. Ação ordinária. Processo licitatório na modalidade de pregão. Regularidade e legitimidade do procedimento administrativo punitivo. Exercício das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Sanção administrativa consubstanciada na declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública (arts. 18, IV, 27 e 34, II, do Decreto Estadual nº 44.431/06; art. 12, da Lei Estadual nº 14.167/02; arts. 87, III, IV e § 3º, 88, II e III, da Lei Federal nº 8.666/93). Improcedência da anulação do ato administrativo. Honorários advocatícios arbitrados corretamente. Recurso improvido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.441999-5/004 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Sudoeste Serviços Gerais Ltda. - Apelado: 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.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2009. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelante, a Dr.ª Fernanda Dias C. Valenzuela.

DES. NEPOMUCENO SILVA - Registro, inicialmente, que recebi, quase às 14 horas, alentado memorial por parte da apelante. Trata-se de recurso de apelação, interposto por Sudoeste Serviços Gerais Ltda., contra a sentença (f. 1.709/1.721), proferida pela MM.ª Juíza de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias, da Capital, nos autos da ação ordinária ajuizada, ali, em face do Estado de Minas Gerais (apelado), a qual julgou improcedente o pedido exordial e, via de consequência, a condenou em custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), *ex vi* do art. 20, § 4º, do CPC.

Insurge-se a apelante nas razões recursais (f. 1.729/1.763) sustentando, em apertada síntese, a impossibilidade de aplicação dos arts. 87 e 88, ambos da Lei Federal 8.666/93, em decorrência de conduta verificada em pregão a licitante não contratado pela Administração Pública. Aduz que a sanção, cuja anulação é objeto da ação ordinária, carece de pressuposto legal para a sua validade, o que, só por si, reclama pronta reforma pelo Tribunal.

Endossando-se em doutrina, sustenta que, inexistindo previsão na predita lei federal de aplicação de declaração de inidoneidade à licitante que tenha apre-

sentado declaração falsa, a remessa de tal situação concreta à discricionariedade do administrador para fins de aferição sobre a adequação da declaração de inidoneidade lhe propiciaria escolhas para o caso concreto. E da mesma forma com que é vedado ao Administrador omitir-se em apurar condutas que lhe são evidenciadas, foge à discricionariedade permitida pela Lei Federal 8.666/93 decidir por aplicar as sanções previstas nos arts. 86 a 88 fora das hipóteses legais traçadas, como que "emprestadas aleatoriamente a situações outras em decorrência de equivocada aplicação do princípio da subsidiariedade".

Caso ultrapassada a inaplicabilidade da sanção de inidoneidade que lhe foi imposta, em decorrência da falta do pressuposto legalidade previsto na Lei Federal 8.666/93, sustenta a inaplicabilidade dessa lei a condutas decorrentes de pregão, condutas estas regidas pela Lei Federal 10.520/02 e pela Lei Estadual 14.167/02. Pois tratando as leis que regem o pregão presencial de leis específicas, apenas subsidiariamente - no caso de lacunas, omissões na legislação específica do pregão - aplicar-se-ão as disposições da Lei Federal 8.666/93. Trata-se de regra elementar do direito, isto é, a Lei Geral (8.666/93) só se aplicará onde a lei especial (leis federal e estadual do pregão) foi omissa, o que não ocorre no caso das sanções aplicáveis ao licitante do certame na modalidade pregão, por força das disposições contidas nos arts. 7º da Lei Federal 10.520/02 e 12 da Lei Estadual 14.167/02. Em destaque para doutrina e julgado do Tribunal Regional da 4ª Região, sustenta a existência de violação ao princípio da reserva legal, por absoluta extrapolação decorrente de interpretação e aplicação equivocada e extensiva dos arts. 87 e 88 da predita Lei Federal 8.666/93.

Foi ilegalmente punida pela Administração Pública não somente pela inexistência de contratação vinculada aos pregões, o que daria suporte a eventual punição pelos arts. 87, IV, c/c 88, II e III, ambos da Lei Federal 8.666/93, mas, também, pela ilegalidade de aplicação subsidiária dos dispositivos citados à conduta praticada em pregão, modalidade licitatória que possui regramento próprio no aspecto sancionatório, qual seja o art. 7º da Lei Federal 10.520/02 (repetido no art. 12 da Lei Estadual 14.167/02).

Requer, portanto, o provimento do recurso para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido exordial, consubstanciado na anulação do ato administrativo que a declarou inidônea para licitar e contratar com a Administração Pública, invertida a sucumbência.

Caso mantida, requer o reparo no concernente à excessiva condenação ao pagamento de honorários advocatícios, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), em violação ao art. 20 do CPC.

Contrarrazões (f. 1.766/1.769), em infirmação óbvia.

Sem interesse ministerial.

É o relatório, no essencial.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Passo à decisão.

Incensurável, *data venia*, o *decisum*. A Lei Federal 8.666/93, ao regulamentar o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública.

A licitação constitui em procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, verificada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em celebrar com elas determinadas relações de conteúdo patrimonial, desde que preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que se propõem. Outrossim, a licitação, em qualquer de suas modalidades, será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Da análise do procedimento administrativo punitivo, instaurado no âmbito do procedimento administrativo de compra nº 1191001.000266/2006, verifica-se que a apelante (Sudoeste Serviços Gerais Ltda.) sofreu sanção administrativa consubstanciada na declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública estadual, pelo prazo de 2 (dois) anos, por ter apresentado certidão falsa. Consta na referida Certidão (f. 894), *verbis*:

> Certidão negativa de débito salarial nº 087/2006
> Certifico, atendendo a requerimento protocolizado nesta Delegacia Regional do Trabalho e Emprego, sob o nº 46211. 004351/2006-73, que inexiste débito quanto aos salários devidos aos empregados da empresa Sudoeste Serviços Gerais Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 23.970.387/0001-04, cujo estabelecimento está situado à Rua Padre Eustáquio, 1.667 - Bairro Carlos Prates, Belo Horizonte/MG, conforme informações da fiscalização efetuada no mês de julho de 2006, baseada na documentação solicitada e exibida pelo empregador. Esta certidão tem prazo de validade de 90 (noventa) dias. Belo Horizonte, 19 de julho de 2006.

Há, ainda, o ofício (f. 895) expedido pela Delegacia Regional do Trabalho/MG, encaminhado à Secretaria de Estado da Fazenda, com o seguinte teor, *verbis*:

> Informamos que a Certidão Negativa de Débito Salarial nº 087/2006 apresentada pela empresa Sudoeste Serviços Gerais, cuja cópia foi anexada ao ofício acima referenciado, não foi emitida por esta seção. Registre-se também que o número seqüencial apresentado não corresponde aos nossos registros.

> Esclarecemos que a partir da edição da Portaria nº 132, de 16.11.05, publicada no *Diário Oficial da União* em 23.11. 05 (cópia em anexo), as certidões de infrações trabalhistas, de débitos salariais e de infrações trabalhistas à legislação de proteção à criança e ao adolescente passaram a ser expedidas pela chefe da seção de multas e recursos desta Delegacia Regional do Trabalho.
> Ademais, a última certidão negativa de débito salarial emitida por esta seção em nome da empresa Sudoeste Serviços Gerais data de 21 de julho de 2005.
> Tendo em vista tratar-se de documento inverídico, solicitamos que o original ou cópia autenticada da certidão apresentada pela empresa Sudoeste Serviços Gerais seja remetida a esta seção, para providências cabíveis.

O referido ofício foi subscrito pela mesma servidora, anotada naquela certidão, com assinatura, diga-se de passagem, absolutamente diversa, cumprindo observar que em momento algum a apelante ilidiu a falsidade daquela certidão (f. 894) por ela apresentada, quando do certame.

Feitos tais destaques, e considerando que o procedimento administrativo punitivo restou regular e legítimo, por observar as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, aplicou-se à apelante sanção administrativa, consubstanciada, repito, na declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração, pelo período de 2 (dois) anos, com base nos arts. 18, IV, 27 e 34, II, do Decreto Estadual 44.431/06; art. 12 da Lei Estadual 14.167/02; e, subsidiariamente, nos arts. 87, III, IV e § 3º, 88, II e III, da Lei Federal 8.666/93), que destaco em seguida:

> a) Decreto Estadual 44.431/06 (dispõe sobre o cadastro geral de fornecedores - CAGEF, previsto no art. 34 da Lei Federal 8.666/93, e regulamenta a Lei Estadual 13.994/01, que institui o cadastro de fornecedores impedidos de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual - CAFIMP):
>
> Art. 18. Aos fornecedores que descumprirem total ou parcialmente os contratos celebrados com a Administração Pública Estadual serão aplicadas as sanções previstas no art. 87 da Lei Federal 8.666/93, com observância do devido processo administrativo, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, de acordo com o disposto na Lei 14.184, de 31.01.02, além dos seguintes critérios:
> [...]
> IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação do fornecedor perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração Pública Estadual pelos prejuízos resultantes de ação ou omissão do mesmo, obedecido o disposto no inciso II do art. 33 deste Decreto.
>
> Art. 27. Em se tratando de licitação ou contratação na modalidade Pregão, serão observados os prazos definidos no art. 12 da Lei nº 14.167, de 10 de janeiro de 2002.
>
> Art. 34. O fornecedor será excluído do CAFIMP nas seguintes hipóteses:
> [...]
> II - a pedido do fornecedor declarado inidôneo, decorrido o prazo mínimo de 2 (dois) anos, desde que reabilitado pela Administração Pública Estadual, na forma do disposto no § 3º do art. 87 da Lei Federal nº 8.666, de 1993; [...]
>
> b) Lei Estadual nº 14.167/02 (dispõe sobre a adoção, no âmbito do Estado, do pregão como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns):
>
> Art. 12. O licitante que deixar de entregar documentação exigida para o certame, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução do objeto do certame, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar a execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal ficará impedido de licitar e contratar com o Estado e, se for o caso, será descredenciado do Cadastro Geral de Fornecedores do Estado de Minas Gerais, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e em contrato e das demais cominações legais.
>
> c) Lei Federal nº 8.666/93 (regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública):
>
> Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
> [...]
> III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
> IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.
> [...]
> § 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.
> Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:
> [...]
> II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
> III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Conduta inidônea é toda aquela que cause prejuízo à Administração Pública, como também qualquer outra que, ainda que não repercuta diretamente na execução do contrato, demonstre ofensa ao regramento estabelecido, aos licitantes, à Administração Pública e à sociedade (em qualquer fase, seja pré ou pós-contratual), desrespeito ao ordenamento jurídico e aos padrões

mínimos de comportamento esperado dos licitantes. Todo e qualquer ato que, mesmo não sendo ilegal, apresente-se como inadequado, perturbador, ou ainda que, de qualquer forma, cause óbices ao bom desempenho do certame, enquadra-se na descrição de comportar-se de meio inidôneo, deixando margem à aplicação das sanções previstas.

As condutas a serem punidas serão tanto dolosas quanto culposas. Cumpre lembrar que é dever da Administração Pública garantir ao licitante o direito à ampla defesa e ao contraditório antes de decidir por sua responsabilidade e consequente condenação, o que foi, a evidência, conforme já mencionado, respeitado, em observância, inclusive, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A declaração de inidoneidade é penalidade aplicável pelo cometimento de faltas graves por parte do licitante, objetivando impedir que continue contratando com a Administração, com o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual o Poder Público opera e atua concretamente, afastando dúvida quanto à sua aplicação.

Os dispositivos legais que autorizaram a aplicação da sanção não exigem que a sua imputação se dê, tão somente, no bojo do procedimento em que foi verificada irregularidade.

Seria, pois, um contrassenso considerar que um documento considerado "falso" em uma modalidade de licitação não pudesse desclassificar a empresa, em modalidade diversa.

O que a apelante pretende, em verdade, é a revisão do mérito do ato administrativo punitivo, pelo Judiciário, o que é inadmissível perante o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o controle judicial sobre atos da Administração é exclusivamente de legalidade, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> a) Compete ao Poder Judiciário a fiscalização da legalidade dos atos administrativos, de modo que a atuação do magistrado, no caso, traduz o controle judicial dos poderes estatais (STJ, Corte Especial, Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 770-MS, Relator Ministro Barros Monteiro, j. em 20.02.08, p. em 13.03.08).
>
> b) A atuação do Poder Judiciário no controle do processo administrativo circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato atacado, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo (STJ, 5ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22.128-MT, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, j. em 09.08.07, p. em 10.09.07, p. 246).

Ainda que o Judiciário pudesse, hipoteticamente, adentrar no mérito do ato administrativo, vulnerando a separação dos poderes (art. 2º da CF/88), nada haveria de desproporcional no ato que aplicou a penalidade à apelante, ressaindo o mesmo inatacável por se encontrar respaldado na lei e nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Não é excesso de zelo trazer a lume o que disse a em. Des.ª Maria Elza no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.441999-5/001, interposto contra a decisão que indeferiu a tutela antecipada, recurso este julgado em 31.01.08, cujo acórdão foi publicado em 26.02.08, *verbis*:

> Extrai-se dos autos que houve instauração de processo administrativo (f. 901/1.056-TJ) em desfavor da empresa recorrente incidentalmente à contratação emergencial nº 1191001.000266/2006 em virtude de irregularidade ocorrida em processo licitatório diverso (pregão presencial nº 31/2006, que teria sido anulado e substituído pelo pregão presencial nº 35/2006, o qual teria restado fracassado).
> O apontado ato irregular diz respeito à apresentação pela agravante da certidão negativa de débito salarial nº 087/2006 (f. 934-TJ), cujo teor foi apurado como inverídico pela Delegacia Regional do Trabalho de Minas Gerais, dada a ausência de autenticidade daquele documento (f. 935 e 988-TJ). Esse órgão informou, ainda, que aquela certidão não teria sido emitida pelo mesmo, que 'o número seqüencial apresentado não corresponde aos nossos registros' e que a 'última certidão negativa de débito salarial emitida por esta seção, em nome da empresa Sudoeste Serviços Gerais data de 21 de julho de 2005', sendo que a mencionada certidão data de 19 de julho de 2006.
> O referido processo administrativo punitivo culminou, então, na declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração pelo período de 2 (dois) anos, conforme se depreende do despacho do Secretário de Estado (f. 1.019-TJ), que ratificou a decisão anterior da autoridade competente no mesmo sentido (f. 1.004-TJ).
> A recorrente afirma que, como o pretenso ato irregular foi apurado na contratação emergencial nº 1191001. 000266/2006, procedimento licitatório distinto daqueles nos quais ocorreu a irregularidade (pregões presenciais nºs 31/2006 e 35/2006), sendo que estes restaram infrutíferos, não haveria qualquer respaldo jurídico na aplicação da aludida sanção.
> Ocorre, contudo, que a informação da Delegacia Regional de Trabalho de Minas Gerais (f. 935-TJ) relativa à falta de autenticidade da certidão apresentada pela recorrente como supostamente emitida por aquele órgão, por si só, já afasta a discricionariedade da Administração em iniciar o processo administrativo punitivo, sob pena, inclusive, de responsabilização do agente público que se mantém omisso face à constatação daquela irregularidade. Isso porque as prerrogativas atribuídas aos agentes públicos são entendidas como deveres-poderes a serem exercidos em prol da coletividade, verdadeira titular do interesse ao qual deve servir o administrador.
> Com esse pensamento se manifestou, em caso semelhante ao presente, o Des. José Francisco Bueno na Ap. Cível nº 1.0024.03.058390-0/002(1), cujo voto foi acompanhado por esta relatora na qualidade de vogal daquele julgado. Eis trecho daquele aresto:
> 'A ausência de prejuízo pecuniário à administração não afasta a sanção cominada, desde que, como bem dito pelo magistrado sentenciante, 'se houve apresentação de documento falso no processo de licitação, e se dele conheceu a Administração Pública, outro caminho não restou ao administrador senão as medidas legais, previstas nos arts. 87 e seguintes, da Lei 8.666/93, sob pena de responsabilidade' (TJMG, 5ª C. Cível, Ap. Cível nº 1.0024.03.058390-

0/002(1), Rel. Des. José Francisco Bueno, julgado em 02.06.05, p. em 17.06.05).

Ademais, como salientado na decisão singular de lavra desta Desembargadora (f. 1.014/1.018-TJ), a conduta antijurídica de apresentação de documento falso deve ser avaliada não somente na hipótese de contratação, mas, também, no curso do procedimento de licitação.

É inquestionável que 'apresentar documento falso no certame' é conduta reprovável, cuja ilicitude independe da convocação para assinar o contrato (JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão* (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 181).

Lado outro, a recorrente afirma que o conteúdo da CND seria materialmente verídico, além de não ter causado qualquer prejuízo ao erário ou acarretado benefício à agravante.

Como exposto na referida decisão, entende-se que, de acordo com a legislação de regência, a mera conduta de apresentar documento falso já justifica o ensejo da sanção correlata, prescindindo, portanto, de qualquer avaliação de cunho material. É que o juízo de reprovação incide pela utilização do falso, independente da pertinência do conteúdo averbado no documento ou, ainda, da ocorrência de conseqüências financeiras.

Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho, lembrando, inclusive, que mesmo a autoria do falso se torna irrelevante para configurar-se a infração no âmbito do pregão, sendo suficiente a utilização do documento inverídico, senão vejamos:

'É que a apresentação do documento falso é suficiente para evidenciar conduta reprovável e a gravidade da infração independe da concretização de algum prejuízo para a Administração' [...] 'Não é necessária a autoria do falso para configurar-se a infração. Aliás, a autoria é irrelevante, para fins do pregão, e a investigação do tema pode apresentar pertinência no âmbito penal. A configuração do ilícito dá-se pela utilização do documento falso' (JUSTEN FILHO, Marçal, ob. cit., p. 183).

Em verdade, deve-se mencionar que na modalidade licitatória do pregão busca-se a eficiência do procedimento a partir da introdução de certas peculiaridades, como, por exemplo, a inversão na ordem das fases da habilitação e julgamento das propostas.

Essa característica de postergar-se o exame da regularidade formal dos participantes para momento posterior denota confiança por parte da Administração, o que, em contrapartida, gera para aqueles o dever objetivo de diligência quanto às condições habilitadoras. Assim, eventual descumprimento desse dever, ainda que por omissão, produz efeitos mais severos na avaliação da culpabilidade do licitante. Esse é o alerta de Marçal Justen Filho:

'Aquele que participa do pregão tem o dever jurídico de atentar para todas as exigências. Esse dever objetivo de diligência propicia uma avaliação peculiar acerca da culpabilidade. O sujeito tem o dever de comprovar sua diligência e a infração a tal dever caracteriza conduta reprovável, sujeitável a sancionamento' (JUSTEN FILHO, Marçal, ob. cit., p. 183).

Lado outro, não se nota, em sede de exame superficial afeto ao presente momento processual, irregularidade na fundamentação da aplicação da penalidade. A uma, porque o ato punitivo não se resumiu a mencionar a Lei Federal 8.666/1993, constando do mesmo vários dispositivos decorrentes da legislação estadual (arts. 18, 26, 27 e 34, inciso II, do Decreto nº 44.431/06 c/c o art. 12 da Lei 14.167/02), os quais, em princípio, legitimam a sanção imposta à recorrente (vide f. 1.004-TJ). A duas, pois o art. 14 da Lei Estadual 14.167/02, que dispõe sobre o pregão no âmbito estadual, permite a aplicação subsidiária da Lei Federal 8.666/1993, como consta, inclusive, da indicação do próprio despacho de ratificação da penalidade imposta (f. 1.019-TJ).

Acrescente-se que do atual conjunto probatório não se infere a alardeada violação ao direito de defesa no processo administrativo punitivo, porquanto a recorrente apresentou defesa escrita (f. 956/965-TJ) e manejou pedido de reconsideração quanto à penalidade aplicada (f. 1.021/1.039-TJ), o qual, entretanto, restou indeferido.

Deve-se esclarecer, ainda, que não se pode considerar o argumento de presunção de legitimidade da referida certidão, já que há declaração expressa do órgão competente de que tal documento não foi expedido pelo mesmo. Aliás, o que se há de presumir como legítima é a apuração acerca do caráter inverídico da mesma, já que não se infere dos autos nem mesmo a comprovação de que a certidão possuiria origem na Delegacia Regional do Trabalho.

Por derradeiro, ressalte-se que, conquanto haja ciência da importância do pleito para a recorrente, o debate preliminar constante dos autos não demonstra a presença da prova inequívoca que releve a plausibilidade do direito suscitado.

Com esteio nas premissas descritas no início do corpo desse voto, deve-se considerar que o pleito antecipatório caminha para o indeferimento. Ausente a evidência da tese invocada, há de se considerar o risco de dano de difícil reparação à Administração Pública ao se manter a execução contratual com empresa sobre a qual pesa a apuração da prática de infração de alto grau de reprovabilidade [...].

Acrescente-se, no raciocínio, a lição de Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo : Dialética, 2004, p. 606), destacada, inclusive, pela MM.ª Juíza singular, *verbis*:

> Embora as condutas arroladas no art. 88 não se vinculem à atividade executória do contrato administrativo, deve haver um vínculo com o contrato administrativo. A existência anterior, contemporânea ou posterior de um contrato administrativo seria condição indispensável para o sancionamento. Podem imaginar-se inúmeras situações, tal como irregularidades praticadas no curso de uma licitação (fornecimento de declarações ideologicamente falsas de capacidade técnica) ou, mesmo, no curso de um contrato (fornecimento de documentos falsos para tentar caracterizar caso fortuito).

É, também, infundada a alegação da apelante de que não se poderia aplicar punições previstas na Lei Federal 8.666/93, em decorrência de atos praticados na modalidade licitatória prevista na Lei Federal 10.520/02, uma vez que esta prevê, expressamente, em seu art. 9º, que se aplicam subsidiariamente para modalidade de pregão as normas da Lei Federal 8.666/93, valendo destacar, também, da Lei Federal 10.520/02, *verbis*:

> Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a

> União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Ademais, o Decreto Federal 3.555/00, que aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, previu, expressamente, a possibilidade, ao estabelecer:

> Art. 14. O licitante que ensejar o retardamento da execução do certame, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito prévio da citação e da ampla defesa, ficará impedido de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de até cinco anos, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.
> Parágrafo único. As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF, e, no caso de suspensão de licitar, o licitante deverá ser descredenciado por igual período, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e das demais cominações legais.

A apelante cometeu, sim, ato tipificado como desabonador de sua conduta, pelo que lhe foi aplicada, acertadamente, a penalidade com base em todos os dispositivos legais já destacados. E o Estado, como é sabido de todos, não se rende tão somente por um dos princípios constitucionais, qual seja o da legalidade, mas, também, pelo da moralidade.

A rescisão do contrato administrativo é efetivada por ato próprio e unilateral da Administração sempre que se verificar a inadimplência do contratado ou por interesse do serviço público. Em qualquer das hipóteses, a Administração tem a prerrogativa de pôr termo à execução do ajuste, independentemente de ordem ou decisão judicial.

Há, pois, nos autos, prática de ato visando frustrar os objetivos da licitação, bem como inidoneidade para contratar com a Administração, na medida em que a apelante apresentou certidão falsa em procedimento licitatório realizado pelo Estado, e, uma vez mais, da r. sentença vêm os destaques, *verbis*:

> O ato punido, portanto, foi a apresentação do documento falso pela empresa-autora em licitação promovida pelo Estado de Minas Gerais, o que, por si só, já enseja a aplicação da penalidade. É por isso que não se faz necessário confirmar a existência ou não de débitos no período a que se refere o documento, pois a falsidade detectada não está no seu conteúdo, mas, sim, na sua forma (até porque a criação do documento falso pode ter se dado, *v.g.*, em razão do fato de que a empresa não conseguiria obter o documento oficial antes do prazo definido para a sua entrega).
> Da mesma forma, não subsiste a alegação da autora de que a certidão não obteve 'qualquer finalidade prática', vez que o objeto da sua juntada - que era assegurar a sua participação no certame - veio, pelo menos a princípio, a ser alcançado, malgrado o procedimento tenha sido posteriormente invalidado.
> Logo, a inidoneidade da empresa consubstanciou-se no fato de ter apresentado documento oficial falso em licitação pública, pouco importando se ela veio ou não a ser declarada vencedora do pleito onde este foi coligido.
> Com redobrada vênia, não merece agasalho a tese defendida na inicial no sentido de que a penalidade aplicada seria desproporcional, ao fundamento de que não houve prejuízo ao erário nem benefício próprio e o pregão em que o documento foi apresentado sequer se ultimou, porque a gravidade do ilícito está na tentativa concreta de ludíbrio do ente administrativo, que, indubitavelmente, se verificou.
> A prevalecer este entendimento, estar-se-ia abrindo um precedente perigoso, na medida em que as empresas licitantes se sentiriam autorizadas a agir contrariamente à lei em procedimentos licitatórios sob o pálio da inexistência de dano ou de benefício próprio.
> Lado outro, diferentemente do sustentado na inicial, entendo ter havido prejuízo à administração. Não o prejuízo de ordem financeira mencionado pela autora, mas o malferimento ao princípio da probidade administrativa, que se constitui verdadeira 'imoralidade administrativa qualificada', dano muito maior e, na maioria das vezes, irreparável (f. 1.717-1.718).

Enfim, o procedimento administrativo punitivo que resultou na aplicação da penalidade de inidoneidade obedeceu aos seus trâmites legais, baseando-se em fatos concretos, valorizando, insisto, os princípios da legalidade e da moralidade, cumprindo destacar da Lei Estadual 14.167/02:

> Art. 5º O pregão atenderá aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da eficiência, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da celeridade, da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da competitividade, do justo preço, da seletividade e da comparação objetiva das propostas.
> Parágrafo único - As normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não se comprometam o interesse público, a finalidade e a segurança da contratação.
> [...]
> Art. 12. O licitante que deixar de entregar documentação exigida para o certame, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução do objeto do certame, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar a execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal ficará impedido de licitar e contratar com o Estado e, se for o caso, será descredenciado do Cadastro Geral de Fornecedores do Estado de Minas Gerais, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e em contrato e das demais cominações legais.
> [...]
> Art. 14. Aplicam-se, subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei Federal nº 8.666, de 2l de junho de 1993, e da Lei 9.444, de 25.11.87.

Razão não assiste à apelante, portanto, ao sustentar a impossibilidade de aplicação dos arts. 87 e 88, ambos da Lei Federal 8.666/93, em decorrência de conduta verificada em pregão a licitante não contratado

pela Administração Pública, e que a sanção, cuja anulação é objeto da ação ordinária, carece de pressuposto legal para a sua validade, ante todos os dispositivos aqui destacados.

Por fim, insurge-se a apelante contra os honorários de sucumbência, que a seu ver são excessivos, pelo que requer a reforma da sentença.

Sem razão, todavia, cumprindo asseverar, tão somente, que os R$ 5.000,00 (cinco mil reais) foram arbitrados em valor compatível com o caso em discussão, ante suas evidências, observando a ilustre Julgadora singular a melhor exegese do § 4º do art. 20 do CPC.

Com tais expendimentos, rogando vênia, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

É como voto.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Sr. Presidente.

Estou inteiramente de acordo com o voto de V. Ex.ª, cuja publicação recomendo.

DES. BARROS LEVENHAGEN - Sr. Presidente.

Estou de acordo, inclusive com a publicação sugerida pelo eminente Revisor.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Busca e apreensão - Conversão em depósito - Cláusula contratual - Nulidade - Comissão de permanência - Cumulação com outros encargos - Vedação - Previsão do percentual no contrato - Necessidade - Cláusula abusiva - Reconhecimento - Mora configurada - Adequação de valores

Ementa: Ação de revisão contratual c/c repetição de indébito. Comissão de permanência, vedada a cumulação com os demais encargos. Necessidade de previsão do percentual no contrato. Reconhecimento de abusividade de cláusula. Busca e apreensão. Mora. Descaracterização. Inocorrência.

- É possível a incidência de comissão de permanência, após o vencimento da dívida, desde que seja limitada à taxa do contrato e que não cumule com os demais encargos.

- A mora do devedor resta configurada mesmo no caso de revisão de cláusulas contratuais, prestando-se a medida unicamente para a adequação de valores e não para a desconstituição do débito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.475047-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Vicente Aparecido Simão, 2º) Banco BMG S.A. - Apelados: Banco BMG S.A. e Vicente Aparecido Simão - Relator: DES. GENEROSO FILHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGAR PROVIMENTO À SEGUNDA. NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO INTERPOSTA NOS AUTOS Nº 0024.07.475047-2 (BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO).

Belo Horizonte, 31 de março de 2009. - *Generoso Filho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GENEROSO FILHO - Verificados os pressupostos de admissibilidade dos recursos, deles conheço.

Trata-se de ação de busca e apreensão convertida em depósito proposta por Banco BMG S.A. em face de Vicente Aparecido Simão e de ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais proposta por Vicente Aparecido Simão em face de Banco BMG S.A.

Os feitos foram julgados em sentença única, que foi juntada em ambos os processos (Busca e Apreensão nº 0024.07.475047-2 e Declaratória nº 0024.07.547085-6).

Foram interpostos três recursos: Vicente Aparecido Simão interpôs dois recursos de apelação (um nos autos da busca e apreensão e outro nos autos da ação declaratória), atacando os fundamentos da sentença em relação a cada uma das ações separadamente, e o Banco BMG S.A. interpôs uma única apelação nos autos da ação declaratória.

Entretanto, tais processos receberam um único número neste Tribunal (1.0024.07.475047-2/001), sendo que constou na autuação a existência apenas de duas apelações, uma de cada parte.

Tomarei como referência os Autos nº 0024.07.547085-6 para relatório.

Na sentença de f. 39/44, o Juiz julgou procedente a ação de depósito por conversão, condenando o réu Vicente Aparecido Simão a restituir o bem ao banco BMG S.A. no prazo de 24 horas a contar da intimação, após o trânsito em julgado. Condenou o requerido também ao pagamento das despesas processuais e ho-

norários advocatícios no valor de R$ 500,00, suspensa a exigibilidade em virtude da gratuidade de justiça.

Foi julgada parcialmente procedente a ação declaratória, determinando o Juiz a modificação da sexta cláusula contratual para limitar a comissão de permanência à taxa da operação original contratada, admitida somente a capitalização anual; e condenando o réu Banco BMG S.A. a restituir ao autor o indébito decorrente do pagamento de comissão de permanência em excesso, corrigido pela Tabela da Corregedoria desde a data de cada desembolso e acrescido de juros de 1% a partir da citação.

Às f. 46/52, Vicente Aparecido Simão apresentou recurso de apelação, alegando que a comissão de permanência não pode ser cumulada com juros moratórios e multa contratual, conforme entendimento do STJ. Requer a reforma da sentença para que sejam decotados os juros e a multa contratual.

Às f. 47/50 dos autos em apenso, recorreu Vicente Aparecido Simão, alegando que, tendo sido reconhecido nos autos da ação declaratória que havia abusividade em relação aos encargos cobrados, não deve subsistir a busca e apreensão do bem, ante a falta de mora comprovada e de interesse de agir do banco apelado. Requer a reforma da sentença para que seja julgada extinta a ação de busca e apreensão que foi convertida em ação de depósito.

Banco BMG S.A. apresentou contrarrazões às f. 52/57 do apenso, pelo improvimento da apelação.

Às f. 53/66, Banco BMG S.A. apresentou recurso de apelação, sustentando que, conforme a Resolução nº 1.129 do Bacen, as cláusulas que estipulam a cobrança de comissão de permanência estão afinadas com a determinação legal vigente. Afirma, ainda, que a capitalização mensal dos juros passou a ser admitida a partir da Medida Provisória nº 1.963-17 de 2000.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Tendo em vista a matéria correlata, aprecio simultaneamente as três apelações.

Não havendo preliminares a decidir, passo ao exame do mérito.

1) Quanto à ação declaratória.

No que concerne à comissão de permanência, tenho que sua função é de manter atualizado o valor devido diante da inflação e remunerar a instituição financeira pelo capital que disponibilizou ao consumidor.

Dessa forma, é impossível admitir sua cumulação com a correção monetária e com os demais encargos.

Assim preceituam as seguintes súmulas:

> Súmula 30 do STJ: A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

> Súmula 296 do STJ: Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplemento, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

Nesse sentido a jurisprudência:

> Agravo regimental. Recurso especial. Contrato bancário. Fundamentos inatacados. Capitalização dos juros. Fundamento constitucional. Comissão de permanência. Precedentes.
> 1. Existência de fundamento constitucional relativamente à capitalização dos juros, que não pode ser revisto em sede de recurso especial.
> 2. Confirma-se a jurisprudência da Corte que veda a cobrança da comissão de permanência com os juros moratórios e com a multa contratual, ademais, de não permitir a sua cumulação com a correção monetária e com os juros remuneratórios, a teor das Súmulas nºs 30, 294 e 296 da Corte.
> 3. A agravante não rebateu a fundamentação da decisão agravada de estarem prejudicados os pontos discutidos no especial acerca dos juros de mora e da multa contratual e de ausência de prequestionamento dos artigos 273 do Código de Processo Civil e 3º do Decreto-Lei nº 911/69, motivo pelo qual permanecem íntegros os fundamentos (AgRg no REsp 893158/RS - Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0222957-3 - 3ª Turma do STJ - Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito - Data do julgamento: 27.03.2007).

Vejo que nos contratos não há previsão de cumulação da comissão de permanência com correção monetária, pelo que não vislumbro ilegalidade nesse sentido.

Entretanto, há previsão de cumulação com outros encargos, o que não é permitido.

No mais, aduz a Súmula 294 do STJ:

> Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

E nos contratos não foi especificado o índice de comissão de permanência, ficando tal encargo condicionado à livre flutuação do mercado, o que não se pode admitir.

Assim, para garantir o equilíbrio contratual e o respeito aos direitos do consumidor, o percentual da comissão de permanência deve ser limitado ao que foi contratado a título de taxa contratada no período da normalidade (f. 11), decotando-se os demais encargos.

Os valores dos encargos cobrados além do referido índice devem ser apurados em liquidação e devolvidos à apelante.

Resta prejudicada a alegação do Banco BMG de que é legal a capitalização mensal de juros, já que estes foram decotados e não cabe capitalização em comissão de permanência.

2) Quanto à ação de busca e apreensão convertida em depósito.

Já esposei anteriormente o entendimento de que o ajuizamento de ação revisional afastaria a mora do devedor.

Entretanto, após melhor análise da questão, modifiquei meu entendimento pelas razões a seguir:

A ação revisional de cláusulas contratuais tem o objetivo de anular as disposições contratuais abusivas e decotar da dívida os encargos que porventura sejam ilegais.

Logo, sua procedência (total ou parcial) tem o condão somente de ajustar o valor das parcelas contratuais ao que realmente é devido, e não o de afastar a própria dívida.

É certo que restou reconhecida na ação declaratória a nulidade de disposição contratual referente a encargos sobre o montante devido. Entretanto, a consequência é somente o ajuste dos valores.

A mora do devedor persiste, pois não deixa de ser verdadeiro o fato de que não houve pagamento na data avençada.

Assim, não há que se falar em desconstituição da mora, tampouco em extinção da ação de busca e apreensão por falta de pressuposto processual.

Nesse sentido:

> Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Liminar. Ação revisional posteriormente ajuizada. Mora. Não descaracterização. - O ajuizamento de ação objetivando discutir condições e cláusulas do pacto garantido por alienação fiduciária não obsta o prosseguimento da busca e apreensão fundada na mesma avença. Recurso especial conhecido e provido (REsp 633581/SC - Recurso Especial nº 2004/0027719-5 - Relator: Min. Cesar Asfor Rocha - 4ª Turma do STJ - Data de julgamento: 03.08.2004).

> Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Constituição em mora. Liminar concedida. Entrega espontânea do veículo. Auto de apreensão. Procedência da ação declaratória. Nulidade de cláusula. Revisão do contrato. Extinção da busca e apreensão. Impossibilidade. - O fundamento da ação de busca e apreensão é o inadimplemento das prestações pelo devedor fiduciário, mora que resta configurada mesmo no caso de revisão de uma ou mais cláusulas contratuais, prestando-se a medida unicamente para a adequação de valores, e não para a desconstituição do débito. Ainda que presentes no contrato de financiamento com alienação fiduciária cláusulas que se considerem abusivas, não obstante possam elas ser expurgadas, a mora continua presente, pois persiste o débito para com a instituição financeira, ainda que em menor montante (Apelação Cível nº 1.0024.04.531101-6/001 em conexão com a Apelação Cível nº 1.0024.05.701648-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. Osmando Almeida - 9ª Câmara Cível do TJMG - Data de julgamento: 30.01.2007).

> Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão. Posterior ajuizamento de ação revisional. Não descaracterização da mora. Bem apreendido, indispensável para o trabalho. Ausência de provas. - O ajuizamento de ação revisional não impede a de busca e apreensão, não descaracteriza a mora, nem obsta a liminar. Não demonstrada a imprescindibilidade do bem para o exercício do trabalho, de que o exercício da profissão dependa exclusivamente, não há falar em reforma da decisão agravada (Agravo nº 1.0342.07.084418-4/001 - Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. Luciano Pinto - 17ª Câmara Cível do TJMG - Data de julgamento: 24.01.2008).

> Busca e apreensão convertida em depósito. Procedência. Revisional julgada parcialmente procedente. Evidência que não elide a mora nem o débito. - O fundamento da ação de busca e apreensão é o inadimplemento das prestações pelo devedor fiduciário, mora que resta configurada mesmo no caso de revisão de uma ou mais cláusulas contratuais, prestando-se a medida unicamente para a adequação de valores, e não para a desconstituição do débito (Apelação Cível nº 1.0024.03.134256-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. Sebastião Pereira de Souza - 16ª Câmara Cível do TJMG - Data de julgamento: 1º.08.2007).

> Civil. Ação de busca e apreensão. Extinção. Revisão contratual. Encargos moratórios. Mora confirmada. - A declaração de nulidade de cláusula contratual que estabelece encargos para o período de inadimplemento não exclui a mora do devedor (Apelação Cível nº 1.0024.08.954805-1/001 em conexão com a Apelação Cível nº 1.0024.08.990223-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. José Flávio de Almeida - 12ª Câmara Cível do TJMG - Data de julgamento: 18.02.2009).

Pelo exposto, nego provimento à apelação interposta pelo Banco BMG S.A. (segunda apelação, conforme consta na capa dos autos).

Custas recursais, pelo apelante.

Dou provimento à apelação interposta por Vicente Aparecido Simão (apelação interposta nos Autos da Ação Declaratória nº 0024.07.547085-6 e que consta na capa dos autos como primeira apelação), pelo que:

- Reformo a sentença para, nos autos da ação declaratória, julgar procedente o pedido inicial e determinar que permaneça como encargo por atraso no pagamento somente a comissão de permanência, sendo esta limitada ao índice de 2,357053%, e que sejam devolvidos, de forma simples, corrigidos monetariamente pela Tabela da Corregedoria de Justiça e acrescidos de juros de 1% ao mês a partir da citação, os valores pagos pelos autores/apelantes acima de tal índice a título de quaisquer outros encargos anteriormente fixados, valores estes a serem apurados em sede de liquidação.

- Condeno o réu ao pagamento das custas processuais, inclusive as recursais, e dos honorários advocatícios, que arbitro em R$ 1.000,00 (mil reais), verba fixada conforme o art. 20, § 4º, do CPC.

- Mantenho a sentença nos seus demais termos e fundamentos, uma vez que nego provimento à apelação interposta por Vicente Aparecido Simão nos Autos de nº 0024.07.475047-2 (ação de busca e apreensão convertida em depósito).

Custas deste recurso, pelo apelante, ficando sua exigibilidade suspensa nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OSMANDO ALMEIDA e TARCÍSIO MARTINS COSTA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO À SEGUNDA. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO INTERPOSTA NOS AUTOS Nº 0024.07.475047-2 (BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO).

. . .

Ação de cobrança - Arrendamento - Terra devoluta - Petição inicial - Inépcia - Prova testemunhal - Desnecessidade - Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Juntada de documentos - Possibilidade - Quitação do débito - Prova - Ônus do devedor

Ementa: Cobrança. Arrendamento de terras devolutas. Inépcia da inicial, cerceamento de defesa e preclusão para juntada de documentos. Preliminares afastadas. Prova de quitação do débito cobrado. Ônus do devedor.

- Instruída a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação e estando claros o objeto e a causa de pedir, não há falar em inépcia da peça. Preliminar de inépcia rejeitada.

- Não ocorre cerceamento de defesa se o juiz dispensa a realização de prova testemunhal desnecessária ao deslinde do feito, mormente quando a matéria tratada é passível de comprovação por documentos jungidos aos autos. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

- Doutrina e jurisprudência vêm entendendo pela possibilidade de juntada de documentos, ainda que não sejam novos, durante a instrução processual, sem que configure afronta aos arts. 396 e 397 do CPC, desde que não esteja evidenciado o intuito da parte de ocultação da informação pertinente. Preliminar de preclusão rejeitada.

- Embora ausente o contrato de arrendamento, específico da dívida objeto da ação de cobrança, vislumbrando-se nos autos elementos passíveis de comprovação da dívida, a procedência do pedido é medida que se impõe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.486588-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Planta 7 - Empreendimentos Florestais Ltda. - Apelado: Iter - Instituto de Terras do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FERNANDO BOTELHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de janeiro de 2009. - *Fernando Botelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BOTELHO - Relatório.

Cuida-se de apelação cível interposta por Planta 7 - Empreendimentos Florestais Ltda. contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da "ação de cobrança" movida pelo Iter - Instituto de Terras do Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de R$ 41. 136,90 (quarenta e um mil cento e trinta e seis reais e noventa centavos) referente ao contrato de arredamento S/N 4, acrescido de multa de 20% e juros de 1% ao mês, a partir da citação, bem como de correção monetária, incidente desde a data do inadimplemento.

Inconformada, recorre a ré, sustentando, nas razões de f. 161/180, em sede preliminar, a inépcia da inicial, ante a falta de instrução da peça com o contrato de arrendamento sobre os quais se exigem os valores ora cobrados, bem como o cerceamento de defesa, uma vez que houve indeferimento da produção de prova testemunhal. Argumenta, também, sobre a impossibilidade de juntada de documentos após a inicial, *ex vi* do art. 396 do CPC.

No mérito, aduz a inexistência, nos autos, do referido contrato de arrendamento cobrado, documento essencial para demonstrar a relação existente entre as partes, de modo que o d. Juízo *a quo* não poderia presumir sua existência somente através do Regulamento dos Distritos Florestais, ainda que este possua presunção de veracidade e validade. Assevera que o autor não se desincumbiu do ônus probatório que lhe cabia, pelo que deve ser reformada a sentença de procedência.

Contrarrazões às f.183/187, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

I - Preliminar.

A) Da inépcia da inicial.

É cediço que a petição inicial deve ser instruída com os documentos imprescindíveis à propositura da ação (art. 283 do CPC). Sobre tais documentos, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais) lecionam:

> O autor pode juntar à petição inicial documentos que entende sejam importantes para demonstrar a existência dos

> fatos constitutivos de seu pedido (CPC 333, I). Há documentos, entretanto, que são indispensáveis à propositura da ação, isto é, sem os quais o pedido não pode ser apreciado pelo mérito. A indispensabilidade da juntada do documento com a petição inicial é aferível diante do caso concreto, isto é, depende do tipo da pretensão deduzida em juízo.

Depreende-se, pois, que, além da documentação legalmente exigida, é indispensável aquela hábil a viabilizar ao julgador a materialidade do direito invocado, lastro palpável da pertinência do caso concreto, não se confundindo com as provas documentais necessárias para a procedência do pedido.

Eis a lição de Moacyr Amaral Santos:

> Documentos indispensáveis à propositura da ação compreendem não somente os substanciais à propositura da ação, isto é, aqueles que a lei expressamente exige para que a ação possa ser proposta, mas também os fundamentais, vale dizer, os indispensáveis, na espécie, não porque expressamente a lei os exija e sim porque o autor a eles se refira na ação como fundamento do seu pedido ou pretensão.

O caso em apreço cuida de ação de cobrança de valores devidos em decorrência do contrato de arrendamento de terras devolutas SN/4, do ano de 2005, firmado entre as partes, e que não foram adimplidos pela arrendatária, ora apelante.

A inicial veio instruída com: (i) o Regulamento de Transferência do uso da terra devoluta de propriedade do Estado de Minas Gerais, em áreas integrantes dos Distritos Florestais (f. 09/14); (ii) as notificações extrajudiciais sobre o prazo de pagamento, enviadas à ré, bem como os ARs respectivos (f. 15/20); (iii) a notícia veiculada em jornal que aponta a ré como arrendatária de terras do Estado (f. 21); (iv) a Portaria nº 02.03.2005, que fixou o valor da contraprestação anual devida ao Iter (f. 22); (v) a planilha de preços referenciais de terras de Minas Gerais (f. 23); e (vi) a cópia de acórdão proferido por este Tribunal (f. 24).

De fato, ausente o contrato firmado entre as partes, contudo, da prova documental acima listada, vislumbra-se a possibilidade de aferição do direito reclamado, sendo dispensável a apresentação do contrato de arrendamento junto da exordial.

Ademais, a peça é clara quanto ao pedido e a causa de pedir, tanto que a ré se defendeu a tempo e modo, sem qualquer prejuízo, não se justificando, pois, a declaração de inépcia da peça vestibular pela ausência do contrato.

A propósito, cita-se recente julgado deste Tribunal, que, em seu ementário, elucida e corrobora o entendimento ora exposto:

> Ementa: Ação revisional. Art. 283 do CPC. Contratos. Documentos não essenciais. Petição inicial. Fundamentação e especificação do pedido insuficientes. Inépcia. - O art. 283 do CPC determina que 'a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação'. De acordo com o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 'documentos indispensáveis' são os substanciais, isto é, os exigidos por lei, e os fundamentais, ou seja, os que constituem o fundamento da causa de pedir. Para a completa compreensão da lide, não é necessário, *in limine litis*, que os contratos firmados entre as partes sejam analisados pelo juiz. Basta que a parte autora indique qual negócio jurídico deverá ser submetido à análise judicial, bem como em que consistem as cláusulas abusivas e quais os reflexos financeiros destas que se pretende afastar. Impõe-se destacar que, muitas vezes, o correntista, efetivamente, não tem em seu poder o contrato firmado com a instituição financeira contra a qual litiga e tal instrumento vem aos autos por iniciativa do próprio réu ou por meio de incidente de exibição de documentos [...] (Apelação Cível nº 1.0702.07.345313-7/001 - Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha - 17º Câmara Cível - pub. em 23.01.2008).

Por tais razões, rejeito a preliminar.

B) Do cerceamento de defesa.

Alega a apelante que o indeferimento de produção da prova testemunhal cerceou-lhe o direito de defesa, uma vez que era essencial para comprovação de que "[...] os supostos contratos de arrendamento não representam a verdade dos fatos [...]" (f.169).

Os princípios do contraditório e do devido processo legal, assegurados pela Carta Magna, devem ser respeitados, sob pena de cerceamento da defesa.

Por outro lado, nos termos do art. 125, inciso II, do Código de Processo Civil, cabe ao Juízo "velar pela rápida solução do litígio", dispondo o art. 130 do mesmo diploma que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Visa o legislador, nisso, garantir o direito das partes à comprovação das respectivas alegações, através dos meios de prova admitidos em lei, equilibrando-se com o dever jurisdicional, de direção do processo, condução que deverá atentar, por outro lado, para o cumprimento de outros fundamentos igualmente atávicos da jurisdição: princípios da celeridade e da economia processual, a que a prestação jurisdicional se conclua em tempo razoável (duração razoável do processo tornada, recentemente, dogma processual igualmente constitucional - art. 5º, LXXVIII, da CR/88).

Assim, cabe ao Juízo medição equilibrada do conjunto argumentativo e da realidade concreta do processo no exame da conveniência dilatória do feito, vale dizer, na análise de pertinência das provas requeridas para esclarecimento da matéria *sub judice*, cotejando-as com elementos já antecipados nos autos, a fim de que possa, com segurança e razoabilidade, denegar vias instrutórias que se mostrem portadoras de caráter manifestamente protelatório ou inútil para o escopo mencionado.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> Agravo regimental. Agravo de instrumento. Prova pericial. Indeferimento. Recurso especial. Retenção.
> - Segundo o disposto no art. 542, § 3º, do CPC, introduzido pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998, o recurso especial, quando interposta a decisão interlocutória em processo de conhecimento, permanecerá retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte no prazo para a interposição do recurso à decisão final ou para as contra-razões.
> - Espécie em que não se justifica a exceção a tal regra. Cabe ao juiz da causa determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC), e o indeferimento de determinada prova não caracteriza cerceamento de defesa. Agravo improvido (AgRg no Ag 618184/RS - Rel. Min. Barros Monteiro - 4ª Turma - pub. em 20.03.2006).

O caso presente não indica afronta aos princípios supracitados, pois a documentação acostada aos autos é suficiente para a formação da convicção do Juízo para o julgamento do caso, isso porque, tratando-se de ação de cobrança baseada em arrendamento de terras públicas, aferível não só pelo contrato firmado entre as partes, como também pelo regulamento de transferência do uso da terra devoluta de propriedade do Estado de Minas Gerais, ambos presentes nos autos, revela-se inteiramente prescindível a prova testemunhal requerida, mormente se a finalidade pretendida era invalidar o conteúdo do instrumento de pactuação.

Rejeito a preliminar.

C) Da impossibilidade de juntada posterior de documentos.

Pugna a apelante pelo reconhecimento da impossibilidade de juntada dos documentos colacionados pelo apelado na instrução dos autos, uma vez que não consistem em documentos novos e foram determinantes para a sentença de procedência proferida.

Em prestígio aos princípios da instrumentalidade das formas, economia e celeridade processual, doutrina e jurisprudência têm admitido flexibilização das normas insculpidas nos arts. 396 e 397 do CPC, manifestando-se pela permissão de juntada de documentos que não sejam novos, durante a instrução probatória, desde que sobre os mesmos seja aberta vista à parte contrária e não se vislumbre manifesto propósito de ocultação da parte que pede a juntada.

Eis a lição de Humberto Theodoro Junior (*Curso de direito processual civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 407):

> Mesmo para os que são mais rigorosos na interpretação do dispositivo em mira, o que se deve evitar é a malícia processual da parte que oculta desnecessariamente documento que poderia ser produzido no momento próprio. Assim, quando já ultrapassado o ajuizamento da inicial ou a produção da resposta do réu, desde que inexistente o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo, verificada a necessidade, ou a conveniência, da juntada do documento, ao magistrado cumpre admiti-la.

Sobre o *thema*, vale, também, a transcrição de comentário extraído da obra *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, acerca do art. 396 do digesto processual, *in verbis*: "[...] Uma vez obedecidos os princípios da lealdade processual e da estabilização da lide, a jurisprudência tem admitido a juntada de documentos sem as restrições do CPC 396 e 397 [...]".

Nesse sentido, os recentes julgados deste Colegiado:

> Ementa: Agravo de instrumento. Ônus da prova. Documentos não resguardados por sigilo. Juntada de documentos essenciais e preexistentes à lide. Momento processual adequado. - Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Estando os documentos pleiteados pelos requeridos à livre disposição dos particulares, desprotegidos por sigilo de qualquer natureza, descabida a aplicação da excepcionalidade assinalada pela doutrina com relação à postura do magistrado, quando se trata de iniciativa probatória. Cumpre registrar que a moderna doutrina e jurisprudência têm admitido a juntada posterior de documentos essenciais preexistentes à lide, por força dos princípios da instrumentalidade e da lealdade processual, não havendo que se falar em preclusão consumativa (Agravo nº 1.0034.06.037223-1/001 - Rel. Des. José Antônio Braga - 9ª Câmara Cível - pub. em 19.07.2008).

> Ementa: Ação declaratória de nulidade. Dispensa. Serviço público. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Portaria. Designação. Ausência do devido processo legal. Possibilidade. Estabilidade no serviço público. Ausência dos requisitos legais. Agravo retido. Juntada de documentos. Art. 396 do CPC. Recurso improvido.
> - Não é absoluta a exigência de juntada de documentos com a contestação, ante a função instrumental do processo; se não evidenciada a má-fé processual do requerente, o deferimento da juntada de documentos citados na peça de contestação, harmoniza-se com os poderes de instrução do juiz.
> - A investidura em cargo público de provimento efetivo decorre da aprovação em concurso público, diferentemente do que ocorre com os servidores contratados, que são recrutados eventualmente e a título precário.
> - Os ocupantes de cargos, empregos ou funções temporárias, em razão da instabilidade do vínculo, da precariedade da admissão e do lapso temporal a que se subordinaram desde o início, podem ser demitidos *ad nutum*, não se cogitando qualquer afronta ao devido processo legal, pertinente somente aos servidores concursados (Apelação Cível nº 1.0153.06.054081-9/001 - Rel. Des. Alvim Soares - 7ª Câmara Cível - pub. em 15.01.2008).

> Ementa: Ação de cobrança. Juntada de documento em grau recursal. Possibilidade. Despesas condominiais. Vendedor da unidade autônoma. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Obrigação pelo pagamento de débitos posteriores à promessa de compra e venda. Inexistência. Pedido de cobrança improcedente.
> - Apenas os documentos indispensáveis à instauração do feito é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser apresentados em outras fases, até mesmo em grau recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes espírito de ocultação premeditada e propósito de surpreender o juízo.
> - Conforme teoria da asserção, a legitimidade *ad causam* diz

respeito à verificação da pertinência abstrata com o direito material controvertido. Assim, se em uma análise preliminar do feito se verifica que o pedido deduzido pelo autor deve ser dirigido ao réu em razão dos fatos e fundamentos deduzidos na inicial, há a pertinência subjetiva com a lide. Nada impede que, eventualmente, verifique-se que o direito alegado na inicial não existia, o que implicará a extinção do processo com resolução do mérito, mais precisamente com a improcedência do pedido do autor.
- As despesas condominiais devem ser pagas por aquele que faz uso ou se beneficia dos serviços prestados com o escopo de proporcionar o bem-estar dos moradores do condomínio. Nesse contexto, comprovada a alienação do imóvel, deve-se julgar improcedente o pedido de cobrança dirigido ao vendedor da unidade autônoma (Apelação Cível nº 1.0024.06.091616-0/001 - Rel. Des. Elpídio Donizetti - 18ª Câmara Cível - pub. em 28.06.2008).

Assim, não devem prosperar os argumentos da apelante, pelo que rejeito a preliminar.

II - Mérito.

No mérito, a apelante nega a existência do contrato de arrendamento firmado entre as partes, arguindo, inclusive que "[...] até o momento, o fato constitutivo da ação, ou seja, o suposto contrato de arrendamento de número SN/4 não foi juntado, até porque não existe e nem foi firmado entre as partes [...]" (f.176).

Aduz que, ausente nos autos o referido instrumento, não houve comprovação do vínculo entre as partes a sustentar o pedido inicial, ônus que cabia ao apelado.

Contudo, embora ausente o contrato específico (SN/4), a notificação extrajudicial, de f. 19, referente ao pagamento do arrendamento, é alusiva ao pacto mencionado e foi devidamente recebida pela apelante, conforme faz prova o AR de f. 20, encaminhado ao mesmo endereço informado na peça contestatória, de modo que a prova do inadimplemento se faz presente.

Quanto ao documento supracitado, nada disse a apelante, batendo-se apenas na falta de juntada do contrato, não se desincumbindo do ônus de ilidi-lo.

Deixou a apelante de apresentar qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do apelado, pois a existência da dívida em si possui lastro inequívoco em face da notificação, e, não tendo a apelante cuidado de trazer contranotificação ou outra prova que afastasse a cobrança, a argumentação de que o contrato de arrendamento não foi juntado não a socorre.

Ademais, o apelado carreou ao feito contratos outros e termos aditivos anteriores, em que as partes figuram como contratantes, nos quais a apelante se declara arrendatária de terras devolutas do Estado, pelo que não se pode negar a relação jurídica existente.

Importante destacar também que, em contestação, a apelante, ao discorrer sobre alegada nulidade dos contratos de arrendamento, além de fazer menção aos mesmos, insurge-se contra cláusulas contratuais, conforme se extrai do seguinte trecho: "[...] Os aludidos contratos e seus aditivos trazem explicitamente na cláusula 1ª: 'A arrendatária declara ter ocupação real e efetiva de um lote de terras' [...]".

Com efeito, embora negue a existência dos mesmos, o inconformismo apontado revela a ocorrência de pactuação.

Em lide semelhante, perfilhou-se o entendimento ora asseverado, sob a relatoria do em. Desembargador Wander Marotta, cujo trecho transcrevo abaixo, *in verbis*:

> Apesar de as cópias dos contratos de arrendamento e termos aditivos apresentados pelo autor não se referirem ao contrato indicado na inicial, é de ser considerada demonstrada a sua existência, para os efeitos ordinários de cobrança de aluguel, tanto que, em defesa, a apelante faz referência expressa às cláusulas nele pactuadas, em especial à 1ª, transcrita à f. 41, em clara demonstração de que tem o contrato em seu poder.
> Provada a existência do contrato (o que pode ser feito por qualquer meio, visto que o contrato em causa não tem forma solene prevista em lei), está correta a r. decisão em julgar procedente o pedido inicial, para condenar a apelante ao pagamento do valor devido e que não foi adimplido pela arrendatária.

Tal julgado restou assim ementado:

> Ementa: Ação de cobrança. Arrendamento de terras devolutas. Inépcia da inicial. Inocorrência. Cerceamento de defesa não caracterizado. Valor devido.
> - 'Não é inepta a petição inicial onde é feita descrição suficiente dos fatos que servem de fundamento ao pedido, ensejando ao réu o pleno exercício de sua defesa' (STJ - REsp 343.592/PR - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).
> - Tratando-se de questão de direito ou, se de direito ou de fato, entender o juiz estar o processo suficientemente instruído, possibilitando a decisão, sem que se realizem as provas requeridas, fica a seu critério deferir ou não a produção de outras, dispensando aquelas que entender meramente protelatórias ou desnecessárias.
> - Provada a existência do contrato de arrendamento, que pode ser demonstrado por qualquer meio, por não possuir forma solene prevista em lei, é devido o valor da parcela anual não adimplida pelo arrendatário (Apelação Cível nº 1.0024.07.486546-0/001 - Rel. Des. Wander Marotta - 7ª Câmara Cível - pub. em 18.07.2008).

Por tais fundamentos, entendo que o apelo não merece prosperar.

III - Conclusão.

Mercê de tais alinhamentos, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO BRÁULIO e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Prisão preventiva - Ilegalidade - Responsabilidade civil do Estado - Mácula à dignidade da pessoa humana - Erro judiciário - Comprovação - Dano moral - Configuração - Critério de fixação - Majoração - Arts. 5º, LXXV, e 37, § 6º, da Constituição Federal

Ementa: Direito constitucional e administrativo. Ação indenizatória. Prisão preventiva. Ilegalidade. Responsabilidade civil do Estado. Mácula à dignidade da pessoa humana. Erro judiciário. Comprovação. Dano moral. Configuração. Critério de fixação. Majoração. Arts. 5°, LXXV, e 37, § 6°, ambos da Constituição Federal.

- A prisão preventiva indevida do autor somente ocorreu em razão de falha do Estado de Minas Gerais na correta identificação da sua pessoa, que, ao menos, foi identificada em relação ao delito, em tese, por ele cometido. Tal fato grave dá ensejo à reparação por dano moral, porquanto violador de princípios e direitos fundamentais da Constituição da República, como dignidade da pessoa humana, honra, imagem e liberdade.

- O desrespeito à dignidade da pessoa humana não pode ficar impune, razão pela qual o requerente faz jus ao ressarcimento integral dos danos morais sofridos pela indevida mácula à sua honra, imagem e liberdade, decorrente de sua prisão indevida.

- No arbitramento do valor do dano moral, tendo em vista sua carga de subjetividade, deve ser estabelecida quantia que sirva de reparação pela dor sofrida, bem como pela reprimenda ao ato praticado, não podendo servir, ainda, como fonte de enriquecimento ilícito por parte do ofendido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.492315-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Roni da Silva Santos; 2º) Estado de Minas Gerais - Apelado: Estado de Minas Gerais - Réu: Roni da Silva Santos - 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 REFORMAR, PARCIALMENTE, A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 5 de março de 2009. - *Maria Elza* - Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação, pelo primeiro apelante, o Dr. Rubens de Oliveira Melo.

DES.ª MARIA ELZA - Roni da Silva Santos ajuizou a presente ação de indenização em desfavor do Estado de Minas Gerais, com o propósito de ser ressarcido dos danos materiais e morais sofridos, advindos da prisão preventiva contra ele decretada, posteriormente verificado que não era ele o réu do processo criminal no qual foi ela determinada, visto que dita prisão preventiva foi "decretada em desfavor de pessoa que tinha ou se utiliza do mesmo nome do ora requerente" (*litteris*, f. 02-TJ), pleiteando que o requerido seja compelido a pagar-lhe a quantia de R$ 202.400,00 (duzentos e dois mil e quatrocentos reais).

Contestação apresentada pelo requerido, às f. 262/276-TJ, almejando a improcedência do pedido inicial, sustentando a licitude da conduta estatal, bem como a inexistência da configuração dos danos alegados pelo requerente.

A sentença de f. 582/590-TJ, sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, julgou parcialmente procedentes os pleitos inaugurais, para condenar o Estado ao pagamento, em favor do autor, da quantia de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), sob o fundamento de que restou caracterizado o ato ilícito praticado, consistente na prisão indevida do postulante, parcela esta que deverá sofrer a incidência de correção monetária e juros de mora, estes no percentual de 1% (um por cento) ao mês, "ambos incidentes a partir da data da publicação da sentença" (f. 589-TJ), julgado este que culminou na interposição de apelações pelos litigantes.

Do autor (f. 591/593-TJ), insurgindo-se contra o valor do dano moral, pleiteando sua majoração, por entender que foi fixado de forma irrisória, bem como contra o *quantum* relativo aos honorários advocatícios, requerendo sua fixação "entre 10 e 20% sobre o valor da condenação" (f. 593-TJ).

Do Estado (f. 595/605-TJ), pleiteando sua integral reforma, à consideração de que não restou configurada a conduta ilícita por ele praticada, sob o fundamento de que

> [...] o fato de alguém ser investigado, preso cautelarmente, denunciado e mesmo processado pela alegada prática de um crime - mesmo que ele, ao depois, seja absolvido por ausência de provas, como ocorrido na espécie - não gera, *per se*, direito à indenização de qualquer natureza. Afinal, cabe ao Estado-Juiz, por cometimento constitucional, velar pela ordem pública e pelo cumprimento das leis (*litteris*, f. 598-TJ).

Daí caracterizar a improcedência dos pedidos iniciais. Requer, alternativamente, a redução da condenação que lhe foi imposta, por entendê-la exacerbada.

Contrarrazões às f. 607/612 e 617/618-TJ, pugnando os apelados pelo improvimento dos recursos interpostos.

É o breve relatório. Decido.

Por preenchidos os requisitos que regem sua admissibilidade, conhece-se tanto da remessa necessária, de ofício, visto que sobre ela não tenha se manifestado o digno Magistrado de origem e, ainda, por não se aplicar a exceção de sua não obrigatoriedade à espécie, a teor do disposto no § 2º do art. 475 do CPC, bem como dos recursos voluntários interpostos.

Sem preliminares a serem examinadas, passa-se ao mérito da *vexata quaestio* em debate.

Estabelece o art. 5º, inciso LXXV, da Constituição da República, que:

> Art. 5º [...];
> LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Comentando referido dispositivo constitucional, notadamente sobre a natureza da responsabilidade nele descrita, Uadi Lammêgo Bulos preleciona que

> A responsabilidade do Estado é objetiva, fundando-se na teoria do risco integral. Logo, ocorrendo danos morais ou materiais ao condenado, não se poderá invocar nenhuma causa de exclusão do dever estatal de indenizá-lo. Isso também vale para a prisão que excede o tempo previsto na sentença (*Constituição Federal anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 394).

Na espécie, restou demonstrado que foi expedido contra o autor mandado de prisão preventiva, tendo em vista a acusação que lhe foi imposta nos autos do Processo Criminal nº 0024.98.037994-4, sendo efetivado na data de 16.08.2006, quando ele se dirigiu à Delegacia de Polícia Civil da Comarca de Conceição do Mato Dentro, no sentido de se proceder à troca de sua carteira de identidade, quando se verificou a existência do aludido mandado, sendo, imediatamente, recolhido.

Contudo, foi liberado após 03 (três) dias, diante da revogação do mandado de prisão preventiva contra ele expedido.

Dos autos emerge cristalino que o processo criminal foi instaurado, à consideração de que o suposto corréu, Rogério Pereira, indicou como também sendo partícipe do crime por ele praticado um sujeito chamado "Roni", o que levou as autoridades policiais a indicar fosse o requerente autor do delito e, em consequência, expedido o referido mandado.

Posteriormente, foi o postulante absolvido da imputação que lhe foi dirigida, por ausência de autoria do crime, como se vê da cópia da sentença de f. 39/31-TJ, nela tendo restado consignado que:

> Importante observar que o co-réu Rogério apenas declinou o nome de Roni, não dando maiores informações sobre o mesmo. Não há qualquer outra prova nos autos a incriminar a pessoa de Roni da Silva Santos. Certo é que Rogério teve a ajuda de outro indivíduo que, a chamar-se Roni, provavelmente seja homônimo.
> Na fase inquisitória, a vítima confirma que o acusado era de cor clara, contando aproximadamente trinta e três anos de idade. Observa-se que o acusado presente é de cor escura e conforme se vê em sua carteira de identidade, na época do fato tinha vinte e um anos de idade (*litteris*, f. 31-TJ).

Induvidosamente, a prisão preventiva decretada contra o autor mostrou-se indevida, em razão da falha do Estado de Minas Gerais na correta identificação da pessoa do réu que deveria, efetivamente, ter sido preso.

Tal fato grave dá ensejo à reparação por dano moral, porquanto violador de princípios e direitos fundamentais da Constituição da República, como a dignidade da pessoa humana, honra, imagem e liberdade.

Portanto, o Estado de Minas Gerais deve ser, com base no art. 37, § 6º, da Carta Magna, responsabilizado, civilmente, pela prisão irregular de Roni da Silva Santos, como muito bem já efetivado na sentença de origem, segundo a qual:

> Ora, a situação fática dos autos evidencia, de forma clara, que houve flagrante ilegalidade no cerceamento da liberdade do autor, uma vez que o mandado de prisão em que se calcou a custódia foi dirigido contra pessoa errônea e incorretamente identificada, sendo, portanto, indubitável o dever de indenização pelo Estado.
> [...]
> De fato, não é possível que a parte autora seja responsabilizada pelas falhas lamentáveis da polícia ou do próprio Poder Judiciário, mesmo porque é dever do Estado zelar pela ordem pública e pela incolumidade física dos cidadãos colocados sob sua proteção. Para desempenho de seu múnus público, devem os agentes públicos atuar de maneira prudente e comedida, não havendo espaço para abusos ou desvio de poder.
> No contexto fático destes autos, restando caracterizada a atuação desproporcional das autoridades públicas, notadamente do Poder Judiciário, é certa a existência de dano moral indenizável, porquanto o ato ofendeu a integridade física e psíquica do autor, a honra, a dignidade e a vida privada, tendo em vista, sobretudo, a repercussão em sua esfera objetiva, causando-lhe dor e sofrimento (*litteris*, f. 537-TJ).

A propósito da matéria em debate, o colendo Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir:

> Processo civil. Prisão indevida. Art. 5°, LXXV, da CF. Aplicação. Indenização. Danos morais. Acórdão recorrido. Decisão *extra petita* e deficiência de fundamentação na aplicação dos danos morais. Inocorrência. Danos morais e materiais mantidos.
> 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5°, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.

> 2. A concessão pelo *decisum* confrontado de danos moral e material, não pode ser considerada *extra petita*, quando constar na exordial o pleito da parte autora no pertinente ao referido dano moral.
> 3. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica a valoração da proporcionalidade do *quantum* e a capacidade econômica do sucumbente.
> 4. Não se configura divergência jurisprudencial quando o Tribunal *a quo* esposa o mesmo entendimento firmado pelo STJ.
> 5. Recurso especial a que se nega provimento (1ª T. - REsp. nº 434.970/MG - Rel. Min. Luiz Fux - j. em 26.11.02 - *DJ* de 16.12.02).

No mesmo sentido, é o posicionamento emanado por este eg. Tribunal de Justiça:

> Dano moral. Erro judiciário. Responsabilidade civil do Estado. Possibilidade, em tese, do pedido indenizatório.
> - A Constituição Federal de 1988 consagrou a teoria da responsabilidade objetiva, sendo cabível, em tese, ajuizamento de ação indenizatória decorrente de erro judiciário.
> - Se as prisões decretadas contra o autor foram, de fato, ilegais, tem ele o direito de pedir indenização por danos morais e materiais decorrentes do ato judicial. A Constituição abriga texto que torna inadmissível a teoria de que o Estado-Juiz, que age sempre no interesse da sociedade, possa, por culpa ou dolo de seus agentes, causar dano ao jurisdicionado ou a pessoas estranhas à lide e ficar isento de responsabilidade (7ª CC - Apelação Cível nº 1.0000.00.325751-6/000 - Rel. Des. Wander Marotta - j. em 23.06.03 - *DJ* de 02.09.03).

> Administrativo. Constitucional. Ação de indenização. Prisão em flagrante. Inocência. Responsabilidade objetiva do Estado. Atenuação. Inteligência do art. 5º, inc. LXI, da CR/1988. Ilegalidade da prisão. Peculiaridade do caso. Procedência dos pedidos.
> 1 - Tratando-se de indenização por danos decorrentes de prisão em flagrante de indivíduo posteriormente reconhecido como inocente das acusações, deve ser aplicada a responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da CR/1988), atenuada pela possibilidade de verificação da legalidade da prisão, nos termos da legislação processual penal em vigor.
> 2 - Estando demonstrado que ocorrera, no ato da prisão em flagrante e na sua manutenção, ilegalidade por parte da autoridade policial ou judiciária, que efetuou e manteve prisão de inocente com base em depoimentos infirmados pelo testemunho contemporâneo de outros três depoentes, impõe-se a reparação dos danos sofridos pelos 125 (cento e vinte e cinco) dias de encarceramento do acusado, cuja inocência restou comprovada pela prisão e confissão do real autor do delito.
> 3 - Apelação parcialmente provida (8ª CC - Apelação Cível nº 1.0024.02.831510-9/001 - Rel. Des. Edgard Penna Amorim - j. em 28.04.05 - *DJ* de 19.08.05).

É de se acrescer, ainda, que não se descura que o decreto de prisão preventiva tem a finalidade de garantir a ordem pública e social, bem como o interesse público, no sentido de se verificar, com acuidade, a materialidade do delito, em tese, praticado.

Contudo, na espécie, a questão é outra. No ato de seu decreto, não se sabia, nem mesmo, o correto nome do acusado, ocorrendo, portanto, flagrante erro judiciário na expedição de mandado de prisão contra o autor.

Caracterizada a responsabilidade civil do Estado de Minas Gerais em reparar o dano sofrido pelo autor, quanto ao seu valor, objeto das súplicas recursais, é de salientar que o dano moral, *in casu*, foi arbitrado em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Com efeito, a temática referente à fixação do valor para reparabilidade do dano moral sempre foi ponto polêmico e controvertido tanto em doutrina como em jurisprudência, sendo que o motivo disso reside no fato de que os critérios empregados para a delimitação do *quantum* a ser pago detêm enorme carga de subjetividade.

Tentando solucionar tal dificuldade, a doutrina tem delineado parâmetros para a efetiva determinação do *quantum*, nos sistemas a que denominaremos abertos, ou seja, que deixam ao juiz a atribuição. Opõem-se-lhes os sistemas tarifados, em que os valores são predeterminados na lei ou na jurisprudência (BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais: a questão da fixação do valor, *Tribuna da Magistratura*, caderno de doutrina, p. 33 a 37, jul. 1996).

Em nosso ordenamento jurídico, o sistema adotado é o aberto, aquele em que a incumbência do valor indenizatório fica submetida ao prudente arbítrio do Juiz, pois não se pode esquecer que as poucas leis que tratam da matéria têm uma abrangência muito limitada, não abarcando, pois, todas as situações que dão azo a uma indenização por dano moral.

Por outro lado, o critério empregado pela jurisprudência não é unívoco, pois inúmeros são os parâmetros utilizados por nossos tribunais pátrios.

A propósito, Humberto Theodoro Júnior, em seu artigo intitulado Responsabilidade civil - danos morais e patrimoniais - Acidente no trabalho - Ato de preposto (*Revista dos Tribunais*, v. 731, p. 91-104, set. 1996), sustenta que

> Cabe assim ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir as indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e da isonomia.

Ainda, a respeito, segundo Aguiar Dias:

> Deve seguir um processo idôneo que busque para o ofendido um equivalente adequado. Para tanto, lembra a lição de Lacoste, segundo a qual não se pretende que a indenização fundada na dor moral seja sem limite. Aliás, a reparação será sempre, sem nenhuma dúvida, inferior ao prejuízo experimentado, mas de outra parte, quem atribuísse demasiada importância a esta reparação de ordem inferior se

> mostraria mais preocupado com a idéia de lucro do que mesmo com a injúria às suas afeições; pareceria especular sobre sua dor e seria evidentemente chocante a condenação cuja cifra favorecesse tal coisa (*Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 2, p. 740, nota 63).

Nesse sentido, também, o posicionamento do ilustre civilista Caio Mário da Silva Pereira, *in verbis*:

> A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva (*Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 67).

Na espécie, verifica-se que o valor arbitrado a título de reparação por dano moral, no importe de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), não está razoavelmente fixado, principalmente se forem considerados a condição econômica do ofendido, a gravidade da lesão e sua repercussão e, especialmente, o período em que esteve preso, causando-lhe uma sensação de desespero, de aflição, angústia, aborrecimento, dissabor, desconforto e preocupação.

Dessarte, com base nos critérios retromencionados, considerando que o valor da reparação do dano moral deve alcançar um adequado sancionamento para o lesante e uma justa compensação para o lesado, além de não se poder constituir em fonte de enriquecimento ilícito, como na espécie, e sopesando os fatos desencadeados neste feito, constato que a quantia a título de danos morais deve ser majorada para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Quanto aos consectários do *quantum* estabelecido, notadamente a correção monetária e os juros moratórios, correto o seu termo *a quo*, ainda mais se se considera a novel Súmula nº 362 do colendo STJ, que determina que "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

Por derradeiro, relativamente ao valor devido ao procurador do autor, a título de honorários advocatícios, correta sua fixação com base no § 4º do art. 20 do CPC, na ordem de R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), visto que, quando vencida a Fazenda Pública, seu arbitramento se opera mediante apreciação equitativa do julgador, atendo aos parâmetros delineados nas alíneas *a* a *c* do § 3º do mesmo art. 20.

Portanto, o valor fixado mostra-se justo à realidade posta nestes autos, à consideração de que a causa não teve maiores complexidades, de pouca duração, levando-se em conta, ainda, o trabalho desenvolvido pelo advogado.

Diante do exposto, com respaldo no princípio da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, IX, da Constituição brasileira), no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), além da legislação invocada no corpo deste voto, reformo, em parte, a sentença monocrática, no reexame necessário, somente para majorar o valor do dano moral para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), ficando, pois, prejudicados os recursos voluntários.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. NEPOMUCENO SILVA - Como Revisor deste processo, peço vênia para assentir com a eminente Des. Maria Elza, em relação à possibilidade de indenização de indivíduo preso, indevidamente, devido a erro na sua identificação.

A responsabilidade do Estado pela prisão preventiva indevida, ante a incorreta identificação da pessoa, é objetiva, decorrendo daí sua condenação em indenizá-lo por danos morais, fixados segundo prudente arbítrio do julgador, sem que isso signifique fonte de enriquecimento, mas, sim, forma de amenizar, ainda que precariamente, a dor sofrida pela parte.

A fixação do valor do dano moral fica, pois, adstrita ao exame das circunstâncias e das consequências de cada caso, não devendo ser nem excessiva nem exígua, observando-se os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sabe-se que a fixação do *quantum* atinente à indenização por dano moral é tormentosa. Ensina Maria Helena Diniz (*Revista Jurídica Consulex*, nº 3, de mar. 1997), sob o título Indenização por dano moral: a problemática do *quantum*, *verbis*:

> A reparação do dano moral é, em regra, pecuniária, ante a impossibilidade do exercício do *jus vindicatae*, visto que ele ofenderia os princípios da coexistência e da paz sociais. A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza e angústia, pela superveniência de sensações positivas de alegria ou satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento. Trata-se da reparação por equivalente, ou melhor, da indenização entendida como remédio sub-rogatório, de caráter pecuniário, do interesse atingido.

Quanto aos parâmetros delineadores, aclara:

> Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer eqüitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento, nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação.

Dessarte, o órgão judicante, na avaliação do dano moral, buscará o estabelecimento de uma reparação equitativa, com fulcro na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável, pois é certo que a verba indenizatória tem o objetivo de compensar os transtornos e inconvenientes pelos quais passou o 1º apelante com a indigitada conduta do Estado, servindo, de um lado, como inibidora da conduta ilícita e, de outro, não dando causa a enriquecimento ilícito.

Tem-se observado, não raro, uma generalização, exacerbação e descritério, nos deferimentos, em certos pedidos de indenização por danos morais, seja quando "puros", seja quando cumulados, em sede de responsabilidade civil, gerando e incentivando abusos, na proposta, e perplexidade dos jurisdicionados, ante a disparidade, numeral, das outorgas, fruto da ausência de normatização substantiva, constatável na maioria dos casos, e, consequentemente, adoção de critérios subjetivos, variados, alguns, *data venia*, estranhos ao bom senso e à melhor orientação jurisprudencial, erigindo arbítrio desaconselhável e, com ele, o descrédito do próprio instituto.

Todo julgador, em hipóteses tais, tem o dever de perquirir múltiplos fatores inerentes aos fatos, suas consequências, além da situação econômico-financeira dos litigantes, sabendo-se que o *quantum* reparador não pode ser irrisório. Mas também não pode constituir instrumento de enriquecimento sem causa do ofendido. Enfim, o arbitramento da indenização por dano moral deve ser moderado e equitativo, atento às circunstâncias de cada caso, evitando-se que se converta a dor em instrumento de captação de vantagem. Os critérios a se observar são: a condição pessoal da vítima, a capacidade econômica do ofensor, a natureza e a extensão do dano moral.

Não há valores fixos, nem tabelas preestabelecidas para o arbitramento do dano moral. Essa tarefa cabe ao julgador, no exame de cada caso concreto, atentando para os princípios aqui enunciados e, principalmente, para o seu bom senso prático e justa medida das coisas.

Com tais expendimentos, reiterando vênia, em reexame necessário, reformo, em parte, a sentença, para majorar o *quantum* do dano moral para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), prejudicados os recursos voluntários, tudo conforme o judicioso voto da eminente Relatora.

É como voto.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - De acordo.

Súmula - REFORMARAM, PARCIALMENTE, A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

...

Representação comercial - Contrato - Comissão - Juros - Valor total devido - Apuração - Liquidação de sentença

Ementa: Apelação cível. Contrato de representação comercial. Comissão. Juros. Apuração do valor total devido. Liquidação de sentença.

- Havendo comissões devidas ao representante comercial que não integraram o cálculo do perito, em virtude de a representada não ter apresentado os documentos necessários para a completa elaboração do laudo, torna-se necessário instaurar procedimento de liquidação de sentença.

- Os juros moratórios devem incidir a partir da citação, momento em que o devedor é constituído em mora.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.894726-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Radinox Representações Ltda. - Apelada: Intercâmbio de Metais Inlac Ltda. - Relator: DES. WAGNER WILSON

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2009. - *Wagner Wilson* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WAGNER WILSON (convocado) - Radinox Representações Ltda. ajuizou a presente ação de indenização em desfavor de Intercâmbio de Metais Inlac Ltda., alegando ter firmado contrato de representação comercial com a mesma, tornando-se representante exclusiva de todos os clientes que lhe foram indicados.

Aduz a autora que, em 04.04.02, o contrato foi rescindido por justa causa, pois a ré não estava pagando as comissões segundo percentual, valor e prazo pactuados; não estava lhe fornecendo os relatórios mensais de comissões e as notas fiscais das vendas; vinha efetuando vendas diretamente aos seus clientes exclusivos sem lhe pagar comissão, além de lhe repassar uma tabela com preços superiores aos praticados por outros representantes.

Pleiteou, ao final, indenização equivalente a 1/12 sobre todas as comissões auferidas e sobre as comissões devidas em razão de vendas feitas por terceiros aos seus clientes; pagamento de aviso-prévio calculado sobre o valor das 3 últimas comissões auferidas e comissão de 2,52% sobre todas as vendas feitas diretamente aos seus clientes.

A ré apresentou contestação, arguindo que o contrato de representação comercial por prazo indeterminado pactuado com a autora não impunha exclusividade; que o contrato foi rescindido em razão de a autora não conseguir efetivar a quantidade mínima de venda pactuada na cláusula 4ª e que a indenização de 1/12 é cabível apenas na hipótese de dispensa do representante sem justo motivo, razão pela qual nenhuma indenização é devida.

Deferida a realização de prova pericial, o *expert* nomeado pelo Juízo apresentou seu laudo, informando que a diferença da comissão, indenização de 1/12 e o aviso-prévio totalizavam a quantia de R$ 55.633,99 (cinquenta e cinco mil seiscentos e trinta e três reais e noventa e nove centavos), atualizada até fevereiro de 2005.

Proferida a sentença, a MM. Juíza *a quo* julgou procedentes os pedidos formulados na inicial,

> [...] condenando a requerida no pagamento à autora da diferença da comissão no percentual de 2,52% do total de todas as vendas realizadas; na indenização correspondente a 1/12 do total das comissões auferidas; e aviso-prévio; totalizando a condenação de R$ 55.633,99, a ser corrigida monetariamente pelos índices editados pela CJMG e acrescida de juros de mora de 1%, tudo a partir de março de 2005, já que os valores apurados foram corrigidos pelo *expert* até fevereiro de 2005 (f. 648).

Inconformada, a autora interpôs o presente recurso, aduzindo que existem outras comissões devidas que não foram relacionadas pelo perito, visto que a documentação solicitada pelo mesmo não foi entregue pela apelada; que no valor da condenação não foram incluídos os juros legais, pois o perito aplicou apenas correção monetária sobre o débito; que a apuração do aviso-prévio deve ser feita com base nas comissões já pagas e nas solicitadas.

Pediu a reforma da sentença para que a apelada seja condenada ao pagamento das diferenças de comissões, para que os juros de mora incidam desde a data da citação e para que seja majorado o valor devido a título de aviso-prévio.

Devidamente intimada, a apelada não apresentou contrarrazões.

Conheço do recurso de apelação, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Decido.

Compulsando detidamente os autos, verifico que à f. 356 o perito oficial solicitou que a apelada apresentasse os livros de saída de mercadorias, a fim de que o laudo fosse elaborado de maneira completa, o que não restou atendido. À f. 544, a MM. Juíza *a quo* intimou novamente a apelada para apresentar a documentação, e, mais uma vez, esta permaneceu omissa.

Dessa feita, o perito elaborou os cálculos com os documentos trazidos apenas pela apelante e, posteriormente, assim se manifestou:

> Venho informar que não foram anexados nos autos documentos capazes de ajudar no deslinde da demanda.
>
> Todas as pendências que havia no processo para cálculo foram explicadas somente pelo autor nas folhas 552 e 553 (sem apresentação de documentos). Posteriormente calculei os mesmos, somei com os demais já calculados e atualizei até fevereiro de 2005 (f. 556 a 560).
>
> Caso haja alguma outra venda efetuada pela requerente a serviço da requerida, não consta nos autos e seria somente descoberta na verificação do livro de saída (f. 568).

Analisando as explicações do perito, verifico que a apelante possui razão ao alegar que pode haver comissões que ainda lhe são devidas e que não integraram o cálculo apresentado, em virtude de a apelada não ter exibido os documentos necessários para a completa elaboração do laudo.

Ora, tendo a MM. Juíza *a quo* constatado que a apelada descumpriu sua obrigação, não efetuando o pagamento devido ao representante, tem este direito ao recebimento das comissões sobre todas as vendas realizadas aos seus clientes, e não apenas sobre parte delas.

No entanto, como o perito ficou impossibilitado de totalizar o valor realmente devido, apurando apenas parte dele em virtude de a apelada não ter apresentado documentos indispensáveis que se encontram em seu poder, faz-se necessário instaurar procedimento de liquidação.

Em relação à incidência dos juros de mora, razão também assiste à apelante.

De acordo com o que se infere nos autos, o perito apurou parte do valor devido pela apelada e sobre o mesmo aplicou apenas e tão somente correção monetária, não havendo incidência de juros.

Assim, merece reforma a sentença nesse ponto, para que sobre o débito incidam juros de 1% ao mês a partir da citação, momento em que a apelada foi devidamente constituída em mora.

Por fim, no que tange ao valor do aviso-prévio, não há que se falar em majoração do valor apurado pelo perito.

De acordo com o que se infere à f. 558 dos autos, o *expert* esclareceu que para o cálculo referente ao aviso-prévio foram apuradas as contribuições auferidas nos últimos 3 meses de operação comercial entre as partes, que, a meu ver, se encontra correto, nos termos do art. 34 da Lei 4.886/65.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para condenar a ré a pagar à autora a diferença da comissão no percentual de 2,52% do total das vendas realizadas e indenização correspondente a 1/12 do total das comissões auferidas, devendo ser apurada em liquidação a diferença que não integrou o laudo pericial produzido nestes autos, incidindo sobre o débito juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Custas, pela apelada.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TIAGO PINTO e ANTÔNIO BISPO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Ação declaratória de nulidade de ato jurídico - União estável não declarada - Bem imóvel - Venda a terceiro de boa-fé - Invalidade do negócio jurídico - Inexistência de hipóteses - Ausência de nulidade

Ementa: Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico. União estável não declarada. Venda de bem imóvel a terceiro de boa-fé. Inexistência de hipóteses de invalidade do negócio jurídico. Inexistência de nulidade.

- Ainda que seja possível vislumbrar, pelas provas carreadas, a existência de união estável entre a apelante e o primeiro apelado, a venda de bem imóvel a terceiro de boa-fé não é nula, tendo em vista que a lei não exige a outorga uxória da companheira.

- Não provada nenhuma das hipóteses de invalidade do negócio jurídico, previstas nos arts. 166 e ss. do Código Civil de 2002, não há nulidades a serem declaradas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0284.07.006501-6/001 - Comarca de Guarani - Apelante: Cristina Cruz da Fonseca - Apelados: José Carlos Nascimento da Silva e outro - Relator: DES. PEDRO BERNARDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2009. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de apelação interposta por Cristina Cruz da Fonseca contra sentença (f. 69/70) proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Guarani que, nos autos da ação declaratória de nulidade de ato jurídico, ajuizada pela apelante em face dos apelados José Carlos Nascimento da Silva e Alexandre Augusto Silva Melo, julgou improcedente a pretensão deduzida na inicial.

Em razões de f. 86/90, afirma a autora, ora apelante, em síntese, que a sentença proferida está em descompasso com as provas carreadas aos autos e com o texto de lei; que viveu em união estável com José Carlos Nascimento da Silva entre março de 1991 a agosto de 2005, sendo que o patrimônio construído durante o referido período está sendo discutido em ação declaratória de união estável c/c partilha de bens, ainda em trâmite na Comarca de Guarani, autos 0284.07.005835-7; que, após o ajuizamento da referida ação, ficou sabendo que seu ex-companheiro havia vendido vários bens adquiridos na constância da união estável sem sua anuência, o que contraria o disposto no "art. 1.647, inciso I, do novo Código Civil"; que o imóvel localizado na Rua Amarantino Vieira da Costa, nº 43, Bairro Nova Guarani II, no Município de Guarani, foi adquirido pelo apelado José Carlos em 12 de junho de 1997, por meio de escritura de cessão de direitos hereditários dos sucessores de Adão Brum de Melo; que o MM. Juiz *a quo* não compreendeu o teor do documento de f. 08, visto que o imóvel não foi incorporado ao patrimônio de José Carlos em razão de herança, sendo que Adão Brum de Melo "nada tem a ver com o apelado José Carlos"; que, por se tratar de questão meramente de direito, "a sentença prolatada está manifestamente contrária às provas dos autos e contrária aos artigos do novo Código Civil e da Constituição Federal". Tece outras considerações e, ao final, pugna pela "cassação da sentença" para que os autos retornem à instância de origem para que outra seja proferida, ou, alternativamente, para que seja reformada.

Desnecessário o pagamento do preparo, visto que a apelante está litigando amparada pelos benefícios da assistência judiciária (f. 15).

Embora intimados (f. 92, verso), os réus não apresentaram contrarrazões, conforme certificado à f. 93, verso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito.

A apelante ajuizou ação declaratória de nulidade de ato jurídico visando anular a venda do imóvel localizado na Rua Amarantino Vieira Costa, nº 43, em Guarani, que seu ex-companheiro efetuou ao comprador, Sr. Alexandre Augusto Silva Mello.

Alega que viveram em união estável de 1991 até 2005, sendo que o imóvel foi adquirido em 1997 e vendido, sem outorga uxória, em 2005.

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente a pretensão ao fundamento principal de que os bens adquiridos por herança por um dos companheiros não se comunicam na união estável, o que motivou a interposição do presente recurso.

Após compulsar detidamente os autos, tenho que razão não assiste à apelante em seu inconformismo, devendo a improcedência da ação ser mantida, não nos exatos termos da sentença, mas conforme as razões que passo a expor.

Inicialmente, os documentos de f. 08 e 81 dos autos comprovam que o primeiro apelado não recebeu o bem imóvel, objeto desta ação, por herança, mas, na verdade, comprou, através de carta de adjudicação, um bem que fazia parte do espólio de Adão Brum de Melo.

Data venia ao entendimento esposado pelo MM. Juiz *a quo*, não houve cessão de direitos hereditários, mas mera compra e venda.

Entretanto, tenho que não há nulidades a declarar.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, caracterizada a união estável, nascem direitos e deveres para os companheiros, como no casamento, gerando reflexos para a vida pessoal e patrimonial dos conviventes.

A Lei nº 9.278/96, em seu art. 5º, estabelece que os imóveis adquiridos na constância da união estável e a título oneroso são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos os companheiros, em condomínio e em partes iguais, desde que não exista contrato escrito que disponha de forma diversa.

Como consequência, os bens dos companheiros são divididos em partes iguais, ainda que adquiridos por um só dos conviventes.

Assim é que a apelante propôs uma ação declaratória de união estável com partilha de bens, e, na contestação (f. 17/30 dos presentes autos), o primeiro apelado apresentou a defesa, confirmando a existência da alegada união estável e listando os bens a serem divididos, dentre os quais incluiu o imóvel da Rua Amarantino Vieira da Costa (f. 20), que é o objeto desta ação declaratória de nulidade.

Ora, ainda que não houvesse a ação pendente de reconhecimento da união estável entre a apelante e o primeiro apelado, a nulidade pretendida nestes autos não pode ser declarada, pois a lei não exige outorga da companheira para que seja vendido bem imóvel.

A respeito da obrigatoriedade da outorga uxória, estabelece o art. 1.647 do Código Civil de 2002:

> Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:
> I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
> II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
> III - prestar fiança ou aval;
> IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

No mesmo sentido estabelece o art. 235 do Código Civil de 1916:

> Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:
> I - alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios;
> II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos;
> III - prestar fiança;
> IV - fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns.

Como se vê, a outorga uxória é necessária quando houver casamento, pois deve ser interpretada restritivamente, não se estendendo às hipóteses de união estável.

Tal fato ocorre em razão da impossibilidade de se comprovar e declarar a existência da união estável na vida cotidiana, tal como na compra e venda de um imóvel.

Logo, ainda que o companheiro seja equiparado ao cônjuge, é necessário seu reconhecimento através de ação própria para que ocorra a divisão dos bens, não havendo que se falar em necessidade de outorga uxória, tendo em vista que o instituto é incompatível com a informalidade derivada do estado de fato existente nas uniões estáveis.

A meu ver, a união estável deve ser equiparada ao casamento naquilo que for compatível.

Ressalte-se que aqui não se está dizendo que o companheiro/companheira não terá direito à metade dos bens, pois a meação é garantida expressamente por lei. O que se está dizendo é que um ato jurídico realizado com terceiro de boa-fé não poderá ser anulado, em razão de declaração superveniente de existência de união estável.

Isso porque, sendo o estado civil do vendedor à época "solteiro", o comprador de boa-fé não pode ser apanhado pela nulidade, em razão de declaração superveniente de união estável.

No presente caso, o imóvel estava registrado apenas no nome do primeiro apelado, que se declarou solteiro (f. 08).

Como se vê, o caso é mesmo de improcedência do pedido.

Nesse sentido:

> Ação anulatória. Ausência de intimação do companheiro acerca da penhora em execução. Ausência de nulidade. Improcedência. - A exigência relativa à intimação do cônjuge quando a penhora recair sobre bens imóveis deve ser interpretada restritivamente, não se estendendo às hipóteses de união estável. Tal fato ocorre em razão da impossibilidade de se comprovar e declarar a existência da união estável nessa via, sendo que a existência da sociedade de fato deve ser reconhecida e declarada através de ação própria e específica (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.05.252564-0/002 - Comarca de Uberlândia - Rel. Des. Valdez Leite Machado - 14ª Câmara Cível - 24.07.2008).

Por outro lado, a declaração de nulidade do negócio jurídico poderia estar lastreada em uma das hipóteses de invalidade do negócio jurídico, previstas nos arts. 166 e ss. do Código Civil de 2002, visto que, se a apelante comprovasse que a venda tinha como objetivo simulação, dolo, fraude, haveria de ser declarada sua nulidade. Explico:

Seria cabível na hipótese de o primeiro apelante estar se desfazendo dos bens para não ter que dividi-los na ação de reconhecimento de união estável, o que definitivamente não é o caso dos autos, tendo em vista que, em sua contestação naquela ação (cópia de f. 17/30), listou os vários bens do casal, inclusive o descrito nestes autos.

Portanto, não é o caso de declarar a nulidade do ato jurídico, devendo ser mantida a improcedência, conforme as razões ora adotadas.

Com essas considerações, nego provimento ao apelo, conforme as razões ora esposadas.

Custas pela apelante. Fica, no entanto, suspensa a exigibilidade, uma vez que esta está litigando amparada pelos benefícios da assistência judiciária (f. 15).

Em síntese, para efeito de publicação (art. 506, III, do CPC):

- Conheceram do recurso.
- Negaram provimento.
- Custas, pela apelante, suspensa a exigibilidade, nos termos da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TARCÍSIO MARTINS COSTA e JOSÉ ANTÔNIO BRAGA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Benfeitorias - Construção em terreno alheio - Obrigação de indenizar - Ilegitimidade passiva

Ementa: Indenização. Processual civil. Construção em terreno alheio. Obrigação de indenizar. Ilegitimidade passiva.

- A obrigação de indenizar benfeitorias levantadas em terreno alheio é do proprietário, se o construtor as edificou de boa-fé, entendendo-se como proprietário aquele que tem reunidos em sua pessoa os direitos elementares de proprietário, ou seja, o de usar, gozar e dispor de seus bens.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0637.06.034309-1/001 - Comarca de São Lourenço - Apelante: E.S.F. - Apelados: J.R.M. e outros menores, assistidos e representados por sua mãe - Relator: DES. OSMANDO ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de janeiro de 2009. - *Osmando Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Luiz Fernando Valladão Nogueira.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Peço vista.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Luiz Fernando Valladão Nogueira.

DES. PRESIDENTE - Este feito veio adiado da sessão de 28.10.2008, com pedido de vista do Des. Relator, após a sustentação oral.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Trata-se de recurso de apelação interposto por E.S.F. contra a r. sentença de f. 403/408, que, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de São Lourenço, nos autos da ação de indenização ajuizada em desfavor de J.R.M., G.R.S. e C.R.S., menores, a primeira assistida e os outros representados por sua genitora E.M.R., julgou extinta a ação, nos termos do art. 267, VI, do CPC, entendendo ser os menores partes ilegítimas para figurarem no pólo passivo da lide, condenando o autor ao pagamento das custas processuais, bem como dos honorários advocatícios, estes fixados em R$2.000,00, consoante o art. 20, § 4º, do CPC, devidamente corrigido até o efetivo pagamento, suspensa a exigibilidade uma vez que o autor litiga sob o pálio da assistência judiciária.

Inicialmente, convém registrar que o autor é pai dos suplicados.

Em suas razões recursais, às f. 410/417, relata o apelante que, juntamente com a mãe dos suplicados, comprou para estes dois lotes, de números 04 e 05, sobre os quais foi instituído o direito de usufruto vitalício em favor do casal.

Narra que, no lote nº 05, o casal construiu o prédio de uma pousada e que no lote nº 04 foram construídas uma garagem e duas piscinas.

Alega que

> [...] sendo o suplicante e a mãe dos suplicados casados sob o regime de comunhão parcial de bens, são eles os proprietários das construções - excluídos os terrenos, portanto com direito de meação, cada um, sobre elas, as construções, ou sobre quaisquer direitos que delas possam advir.

Afirma que

> [...] em decorrência dessa situação, e da condição de extrema pobreza, e o conseqüente estado de depressão a que ficou reduzido o apelante, depois que foi expulso da pousada pela mãe dos suplicados, e depois que acabou sendo preso por falta de pagamento de pensão alimentícia, ajuizou ele a presente ação, requerendo a indenização por construção em terreno alheio, devidamente justificada na petição inicial, como única solução que lhe restou [...].

Assevera que, não obstante a clareza do quadro jurídico submetido à apreciação monocrática, contudo, assegura que o MM. Juiz partiu de premissa equivocada,

qual seja, que o objeto da presente ação é a partilha das edificações, quando, na verdade, pretende ser indenizado pela realização da mesmas.

Argumenta que

> [...] não há provas de que as notas frias e os meros pedidos de mercadorias anexos à contestação se destinaram às acessões e benfeitorias do prédio e benfeitorias da pousada, objeto da presente ação, o que os tornam inócuos, sabendo-se que a avó materna dos suplicados tem cerca de 10 (dez) imóveis em São Lourenço, e a mãe dos suplicados é de todos co-administradora, responsável pelas obras de conservação.

Aduz que, ainda que o prédio tenha sido construído apenas pela mãe dos requeridos, "a verdade é que os direitos daí decorrentes pertencem aos dois, simplesmente porque a construção se deu quando casados em regime de comunhão parcial de bens".

Afirma que o fato de ter a genitora dos requeridos trazido aos autos apenas recibos em seu próprio nome se explica pelo fato de que o apelante trabalhava viajando, fazendo compras, ou atendendo na loja de sua mãe.

O recurso foi interposto sem o recolhimento do preparo, tendo em vista que o apelante litiga amparado pela justiça gratuita.

Em suas contrarrazões, às f. 419/423, os apelados refutam os argumentos expendidos na apelação, pleiteando pela manutenção da r. sentença na sua integralidade.

Sobrevindo os autos a esta instância revisora, foram os mesmos enviados à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou às f. 430/431 pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Pretende o apelante a reforma da r. sentença que o julgou carecedor de ação, ante a ilegitimidade passiva dos requeridos.

O pedido formulado na exordial está fulcrado no art. 1.255 do Código Civil de 2002, que assim dispõe:

> Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.
> Parágrafo único. Se a construção exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquira a propriedade do solo, mediante pagamento de indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

Como visto, o autor deste feito é pai dos requeridos, todos menores, e, juntamente com sua ex-esposa, na constância do casamento, transferiram aos filhos a propriedade dos imóveis em tela, reservando para si os usufrutos.

Note-se que o artigo supra menciona o termo "proprietário" e como tal deve ser entendido aquele que tem reunidos em sua pessoa os direitos elementares de proprietário, ou seja, o de usar, gozar e dispor de seus bens, o que não é o caso dos requeridos, que têm para si tão somente a nua propriedade, uma vez que a genitora e o apelante ainda mantêm os usufrutos.

Ademais, como bem asseverado pelo douto Procurador de Justiça à f. 431, "o direito pretendido pelo apelante não visa ao imóvel dos apelados; o apelante dirige sua pretensão contra o patrimônio que afirma ter em comum com a mãe dos apelados".

Isso posto, nego provimento ao recurso, para manter a r. sentença na sua integralidade.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade uma vez que o mesmo litiga sob o pálio da assistência judiciária.

DES. PEDRO BERNARDES - Peço vista.

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Des. Relator, após o Relator negar provimento.

DES. PEDRO BERNARDES - Pedi vista dos autos para reexame, à vista do substancioso memorial ofertado pelo apelante, que, inclusive, cita ementa de acórdão por mim relatado.

Ao exame que fiz, todavia, firmei meu entendimento no sentido do voto do eminente Relator, pois, no caso, os apelados detêm apenas a nua propriedade do imóvel, o que os torna ilegítimos para a pretensão do apelante.

Assim, acompanho o eminente Relator.

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - De acordo com os votos precedentes.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Busca e apreensão - Alienação fiduciária em garantia - Cessão de crédito - Eficácia - Notificação do devedor - Ausência de prova - Substituição processual - Impossibilidade

Ementa: Processual civil. Alienação fiduciária em garantia. Cessão de crédito. Eficácia. Notificação do devedor. Substituição processual. Impossibilidade. Recurso conhecido e não provido.

- Sabe-se que o credor detém a prerrogativa de transferir seu crédito, desde que a cessão não implique ofensa à lei, ao contrato e à própria natureza da obrigação, a teor do disposto no art. 286 do Código Civil de 2002.

- No âmbito dos contratos de alienação fiduciária em garantia, é possível a realização da cessão do crédito e do bem dado em garantia (art. 1.368 do CC/02), inclusive para fins de propositura da ação de busca e apreensão, nos termos do art. 6º do Decreto-lei nº 911/69.

- Não verificada a existência de previsão expressa no contrato acerca da faculdade do credor de transferir seu crédito a terceiros e não comprovada a notificação do devedor, é ineficaz a cessão de crédito em relação a este, motivo pelo qual deve ser indeferida a substituição processual.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0071.07.034954-4/001 - Comarca de Boa Esperança - Agravante: Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados América Multicarteira - Agravado: Sérgio Luiz de Oliveira - Relator: DES. BITENCOURT MARCONDES

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, 25 de março de 2009. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados América Multicarteira em face da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Carlos Eduardo Vieira Gonçalves, da 1ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais, da Comarca de Boa Esperança, que, nos autos da ação de busca e apreensão, ajuizada por BV Financeira S.A. em face de Sérgio Luiz de Oliveira, indeferiu o pedido de substituição do pólo ativo da ação, em decorrência da cessão de crédito realizada.

Afirma que o próprio Decreto-lei 911/69, em seu art. 6º, prevê a possibilidade de, existindo cessão de crédito entre o credor fiduciário e terceiro, ocorrer a substituição processual.

Sustenta, ainda, não ter havido a efetiva citação do agravado, motivo pelo qual deve ser deferida sua inclusão no pólo ativo do processo.

Recurso recebido à f. 45.

Informações prestadas pelo Juízo *a quo* à f. 49.

Sem contraminuta.

I - Do objeto do recurso.

Requer a reforma da decisão, para que seja deferida a substituição processual, tendo em vista a ocorrência de cessão de crédito.

Sabe-se que o credor detém a prerrogativa de transferir seu crédito, desde que a cessão não implique ofensa à lei, ao contrato e à própria natureza da obrigação, a teor do disposto no art. 286 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

> Art. 286 - O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionária de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Em relação à propriedade fiduciária, o art. 1.368 do Código Civil estabelece que o terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária.

Por sua vez, o art. 6º do Decreto-lei nº 911/69 que estabelece normas sobre alienação fiduciária, assim dispõe:

> Art 6º O avalista, fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida do alienante ou devedor se sub-rogará, de pleno direito no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária.

Desse modo, é de se convir que, no âmbito dos contratos de alienação fiduciária em garantia, é lícito ao credor ceder seu crédito a terceiro, o qual o sucederá nos direitos relativos ao crédito e ao bem dado em garantia, inclusive para os fins previstos no Decreto-lei nº 911/69, isto é, propositura de ação de busca e apreensão.

Entretanto, não se pode olvidar que a cessão de crédito somente tem eficácia em relação ao devedor quando a este é notificada, conforme preceitua o art. 290 do Código Civil:

> Art. 290 - A cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

Nesse sentido, vale transcrever ementa de acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> Ementa: Direito processual civil. Recurso especial. Ação de execução. Cessão de crédito. Substituição de partes. Ausência de notificação. Conhecimento pelo devedor. Anuência desnecessária. - A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a ele notificada, contudo, a manifestação de conhecimento pelo devedor sobre a existência da cessão supre a necessidade de prévia notificação. Precedentes desta Turma. - Em consonância com o disposto no art. 567, II, do CPC, pode ser dispensada a anuência do devedor quando formulado pedido de substituição do pólo ativo do processo de execução, pois este ato processual não interfere na existência, validade ou eficácia da obrigação. Recurso especial conhecido e provido. (REsp nº 588321 / MS. 3ª Turma. Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, *DJ* de 05.09.2005.)

In casu, entretanto, não há qualquer prova nos autos acerca da notificação do devedor quanto à cessão

de crédito realizada, motivo pelo qual deve prevalecer a decisão recorrida, que entendeu pela impossibilidade da substituição processual.

Ressalte-se, por fim, que o contrato em questão (f. 11/12) não prevê a faculdade da instituição financeira em ceder seu crédito a terceiros sem qualquer aviso prévio.

II - Conclusão

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA E OTÁVIO PORTES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação ordinária - Lei de Propriedade Industrial - Registro de nome de domínio - Marca de alto renome - Proteção especial - Art. 125 da LPI - Declaração e verificação da notoriedade - Competência do INPI - Requerimento ou concessão da proteção - Prova - Ausência - Improcedência

Ementa: Ação ordinária. Registro de nome de domínio. Marca de alto renome. Proteção especial. Art. 125 da LPI. Declaração e verificação da notoriedade. Competência. INPI. Ausência de provas do requerimento ou da concessão de proteção. Improcedência.

- Nos termos do art. 125 da Lei 9.279/96, "à marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial em todos os ramos de atividade".

- A verificação se determinada marca é ou não de alto renome é realizada pelo INPI quando do pedido administrativo feito pela empresa interessada no reconhecimento do alto renome da marca a qual é proprietária, conforme estabelece o art. 3º c/c o art. 10 da Resolução nº 121/2005.

- Não comprovando a apelante o reconhecimento da marca "Merthiolate" como sendo de alto renome, muito menos que tenha solicitado administrativamente a proteção especial conferida pelo art. 125 da LPI, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0035.06.083262-9/001 - Comarca de Araguari - Apelante: DM Indústria Farmacêutica Ltda. - Apelada: Canut Criações 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, 26 de março de 2009. - *Irmar Ferreira Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS - Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de f. 169/178, proferida nos autos da ação ordinária ajuizada por DM Indústria Farmacêutica Ltda. em face de Canut Criações Ltda., que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Contra citada decisão insurge-se DM Indústria Farmacêutica Ltda. às f. 180/189, alegando que, no presente caso, não se aplica o princípio da especialidade de marcas, ao argumento de que a marca "Merthiolate" registrada pela autora desde 05.01.44 é considerada de alto renome, possuindo, portanto, proteção especial.

Aduz que não existe no INPI procedimento para ser registrar uma marca notória ou de alto renome, uma vez que a marca consegue este *status* pela fama e prestígio que se adquire ao longo dos anos, o que ocorreu com a marca "Merthiolate", da requerente.

Defende que a marca "Merthiolate", por ser de alto renome, somente poderia ter registrado o seu nome de domínio por seu respectivo titular, e não por terceiros.

Afirma que a apelada está violando propriedade intelectual de terceiros, incorrendo em sanções previstas nos arts. 189, I e II, 190, I e II e 195, III, da Lei 9.279/96.

Salienta não ser justo "que a recorrida, infratora em relação aos direitos da recorrente, continue a se beneficiar do uso da marca registrada de terceiro e dotada de enorme confiabilidade e tradição".

Alega que a confusão provocada pelo uso, como nome de domínio, de marca de produto de alto renome, lhe causou danos e prejuízos tanto de natureza material como moral.

Em face do exposto, pugna pela procedência do presente recurso, reformando, como consequência, a r. sentença objurgada, julgando totalmente procedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões às f. 199/216.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Feitos tais registros, entendo que o recurso não merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia em verificar quem tem direito ao registro de nome de domínio "Merthiolate", quando ambas as empresas possuem registro no INPI dessa marca.

Inicialmente, tenho por bem tecer algumas considerações sobre o tema em questão, tendo em vista tratar-se de matéria recente que ainda não possui legislação específica.

Como se sabe, o endereço das empresas na internet é chamado de nome de domínio, *site*, sítio ou endereço eletrônico. O responsável pelo registro do respectivo nome de domínio é o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI), que foi criado pelo Decreto 4.829/03, com o objetivo de coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços de internet no País.

Atualmente, a categoria mais registrada é a de "comércio em geral", ou www.nomedaempresa.com.br, e, por ser a categoria mais difundida, é nela que as empresas procuram fazer seus registros.

Importante esclarecer que o nome de domínio não se confunde com marca ou nome empresarial. Porém, o endereço eletrônico, pelo fato de desempenhar função identificadora e divulgadora, estará sempre relacionado a eles.

O registro da marca é feito no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual, cuja proteção se dá em todo o território nacional e/ou na Junta Comercial para o caso de nome empresarial (denominação social/nome fantasia), hipótese em que a proteção se dá apenas na esfera estadual.

Por sua vez, o registro do nome de domínio é feito junto ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR-NIC.br, criado por meio da Resolução nº 001/2005.

Em regra, o princípio que rege o registro de domínios no Brasil é o *first come, first served*, ou seja, ele "será concedido ao primeiro requerente que satisfizer, quando do requerimento, as exigências para o registro", desde que não haja registro, ainda, de expressão idêntica (art. 1º da Resolução nº 001/98).

Todavia, tal regra não é absoluta, uma vez que o registro de "nome de domínio" na internet deve considerar e respeitar, evidentemente, os direitos sobre marcas porventura existentes.

Nesse sentido, dispõe o Anexo I da Resolução nº 001/98 do Comitê Gestor da Internet no Brasil, em seu art. 2º, III, *b*, que dispõe:

> Art. 2º O nome escolhido para registro deve ter:
> [...]
> III - o nome escolhido pelo requerente para registro sob determinado deve estar disponível para registro neste DPN que subentende que:
> [...]
> b) não pode tipificar o nome não registrável, entre outros, palavras de baixo calão, os que pertençam a nomes reservados mantidos pelo CG e pela Fapesp com essa condição, por representarem conceitos predefinidos na rede internet, como é o caso do nome internet em si, os que passam a induzir terceiros a erro, como no caso de nomes que representem marcas de alto renome ou notoriamente conhecidas, quando não requeridos pelo respectivo titular.

Assim, constitui ato ilícito o uso por terceiro de nome ou marca em domínios na internet sem a autorização do proprietário da referida marca que a registrou por primeiro junto ao INPI, por ofensa ao disposto na lei de propriedade industrial, já que induz em erro o consumidor, que adquire produto pensando ser de determinada marca, quando na realidade é de outra.

É incontestável que qualquer tentativa de veiculação de serviço ou produto atinente à marca de propriedade de outrem via internet, cujo nome de domínio na rede pertence a um terceiro, traz fortes indícios de enriquecimento ilícito deste, razão pela qual deve o endereço eletrônico pertencer ao respectivo detentor da marca.

Pois bem.

Compulsando os autos, verifico que ambas as partes possuem o registro da marca "Merthiolate" junto ao INPI, sendo certo que foi a empresa DM Indústria Farmacêutica Ltda., ora apelante, quem primeiro registrou esta marca.

Todavia, foi a empresa ré Canut Criações Ltda., ora apelada, quem primeiro requereu o registro de nome de domínio da marca "Merthiolate".

Em face do ocorrido, e por ter registrado a marca "Merthiolate" em 1944, muito antes da ré, pugna a requerente pelo cancelamento do registro do nome de domínio "merthiolate.com.br".

A MM. Juíza singular, ao decidir a lide, julgou improcedente o pedido inicial, fundamentando a sua decisão nos seguintes termos:

> Portanto, não há dúvida de que a marca registrada pela autora, por ser notória, ou, como passou a ser denominada no atual Código de Propriedade Industrial, 'marca de alto renome', goza de proteção em qualquer atividade e não apenas quanto ao comércio ou indústria de seu titular, entretanto, caberia ao INPI providenciar o registro próprio que pudesse ostentar contra todos, o que não ocorreu, e, ainda, houve o registro da empresa requerida, atendendo a todas as formalidades exigidas, e, portanto, não está usurpando o nome da requerente.
> Isso posto e por tudo mais que nos autos consta, julgo improcedente o pedido inicial e condeno a parte autora nas custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 20% do valor da causa atendendo ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Inconformada com a r. decisão, interpôs a autora recurso de apelação alegando em síntese que a marca "Merthiolate" é considerada como de alto renome e notoriamente conhecida, merecendo, portanto, a proteção especial.

Feitas tais considerações, entendo que razão não assiste à apelante.

Isso porque a proteção especial dada à marca de alto renome encontra-se prevista no art. 125 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), que assim dispõe: "À marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial em todos os ramos de atividade".

Embora a proteção especial conferida às marcas de alto renome esteja hoje regulamentada no art. 125 da LPI, não ficou estabelecido expressamente no dispositivo legal qual seria a sistemática para a obtenção do reconhecimento do alto renome de uma marca.

Assim, o INPI, com o objetivo de regulamentar a aplicação do art. 125 da LPI, editou as Resoluções 110/2004 e 121/2005, que dispõem:

> Considera-se de alto renome a marca que goza de uma autoridade incontestável, de um conhecimento e prestígio diferidos, resultantes da sua tradição e qualificação no mercado e da qualidade e confiança que inspira, vinculadas, essencialmente, à boa imagem dos produtos ou serviços a que se aplica, exercendo um acentuado magnetismo, uma extraordinária força atrativa sobre o público em geral, indistintamente, elevando-se sobre os diferentes mercados e transcendendo a função a que se prestava primitivamente, projetando-se apta a atrair clientela pela sua simples presença.

Estabelece ainda essa Resolução que a declaração do alto renome de uma marca deve se dar incidentalmente, como matéria de defesa, por ocasião do requerimento do registro de marca de terceiro ou ainda em procedimento administrativo de invalidação de marca de terceiro que se revele colidente com o signo tido como de alto renome.

Assim, a tutela especial inserta no art. 125 da LPI dependeria, essencialmente, da aferição da notoriedade no momento em que se erige tal questionamento, possibilitando-se a publicidade do debate no âmbito da autarquia encarregada de levar a cabo tal processo.

E essa aferição é realizada pelo INPI quando do pedido administrativo feito pela empresa interessada no reconhecimento do alto renome da marca da qual é proprietária.

Em estudo sobre a matéria, assim se pronunciou Maitê Moro:

> O momento em que se verificará o alto renome de uma marca será aquele em que ela necessite ser protegida contra terceiros. Este ocorrerá quando haja necessidade de impugnação de marca que possa gerar confusão, associação ou risco de diluição àquela.
> Entretanto, apesar da desburocratização trazida pela LPI/1996, que proporcionou a desnecessidade de registro e reconhecimento prévio oficial do alto renome de uma marca, algumas empresas ainda almejam uma declaração expressa do alto renome de suas marcas. Este, certamente, é um resquício da aparente maior segurança proporcionada pelo certificado concedido pelo INPI, com fundamento no art. 67 da Lei 5.772/71.

Todavia, após compulsar com acuidade os autos, verifico que a autora em momento algum requereu junto ao INPI a proteção especial conferida pelo art. 125 da Lei de Propriedade Industrial, limitando-se a afirmar, em suas razões recursais, que "Merthiolate" é uma marca de alto renome, sem, contudo, colacionar quaisquer provas nesse sentido.

É certo que caberia à apelante, nos termos do art. 333, I, do CPC, comprovar que foi conferida pelo INPI à marca "Merthiolate" a condição de marca de alto renome, uma vez que é de responsabilidade desta autarquia este reconhecimento, conforme estabelece o art. 3º c/c o art. 10 da Resolução nº 121/2005, *ex vi*:

> Art. 3º A proteção especial conferida pelo art. 125 da LPI deverá ser requerida ao INPI, pela via incidental, como matéria de defesa, quando da oposição a pedido de registro de marca de terceiro ou do processo administrativo de nulidade de registro de marca de terceiro que apresente conflito com a marca invocada de alto renome, no INPI, nos termos e prazos previstos nos arts. 158, *caput*, e 168 da LPI, respectivamente.
> § 1º O INPI, quando do exame da oposição ou do processo administrativo de nulidade de que trata o *caput*, apreciará e decidirá quanto à condição de alto renome da marca.
> § 2º Reconhecido o alto renome da marca, o INPI acolherá a oposição ou o processo administrativo de nulidade e decidirá pelo indeferimento do pedido de registro ou pela nulidade do registro, independentemente de impedimentos outros oponíveis.
> § 3º Não reconhecido o alto renome da marca, o INPI rejeitará a oposição ou o processo administrativo de nulidade e decidirá pelo deferimento do pedido de registro ou pela manutenção do registro, ressalvados impedimentos outros oponíveis.
> [...]
> Art. 10 O INPI promoverá a anotação do alto renome da marca no Sistema de Marcas, que será mantida pelo prazo de 5 (cinco) anos.

A respeito da competência do INPI, recentemente decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

> Propriedade industrial. Apelação cível. Declaração judicial do alto renome da marca. Impossibilidade. Reconhecimento do alto renome pelo INPI quando da análise da colidência com signo de terceiro.
> 1 - Recurso de apelação no qual se discute a possibilidade de se declarar judicialmente e em primeira análise o alto renome da marca 'Tigre'.
> 2 - A proteção especial albergada pelo art. 125 da LPI não pode ser conferida, em primeira análise, pelo Judiciário ao titular de uma marca, pois acarretaria certificação eterna da sua notoriedade. Assim, a tutela especial inserta no art. 125 da LPI depende essencialmente da aferição da notoriedade no momento em que se erige tal questionamento.
> 3 - Não é que se esteja a excluir da apreciação do Judiciário, de imediato, um direito que eventualmente se verifica lesado, porquanto não é disso que se trata. Mas sim de se colocar parâmetro essencial ao completo deslinde de tão intrincada questão. É que, de fato, não se podem olvidar os argumentos de que uma determinada marca que num momento seja dotada de notoriedade pode vir a ser esquecida com o tempo; ou por falta de investimentos do seu titular; pelo surgimento de outras marcas que acabam sobressaindo no mercado; ou por outros diversos motivos.
> 4 - Ao Judiciário cabe a revisão dos atos proferidos pela Administração Pública, sendo que, no caso em tela, não existe sequer ato a ser revisto.
> 5 - Recurso conhecido e não provido (Ap. Cível - TRF 2ª Região - pub. em 26.09.08 - Rel. Des. Federal Abel Gomes).

Assim, não comprovando a apelante o reconhecimento da marca "Merthiolate" como sendo de alto renome, muito menos que tenha solicitado administrativamente a proteção especial conferida pelo art. 125 da LPI, a improcedência do pedido é medida que se impõe, mostrando-se acertada a r. sentença objurgada.

Ora, dúvidas não há de que não se pode acolher o pedido de cancelamento do registro do domínio, por presunção, sem o menor indício de prova de que a marca "Merthiolate" é de alto renome, o que enseja a dedução de que, no campo das alegações, o que não é provado torna-se inexistente no mundo jurídico.

Ensina-nos a melhor doutrina que a necessidade de provar é algo que se encarta, dentre os imperativos jurídico-processuais, na categoria de ônus, sendo por isso que a ausência de prova acarreta um prejuízo para aquele que deveria provar e não o fez.

Mediante tais considerações e inexistindo qualquer prova de que a marca "Merthiolate" é de alto renome, deve-se aplicar a regra geral que reconhece o direito ao registro de domínio a quem o requerer primeiro, que, no caso em análise, foi a apelada Canut Criações Ltda., não merecendo qualquer reparo a decisão singular.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso para manter a r. sentença objurgada nos termos em que foi proferida.

Mantenho também os ônus sucumbenciais fixados na r. decisão primeva.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Festa em clube - Ato praticado por terceiro - Agressão física - Prestação de serviços - Falha - Não ocorrência - Responsabilidade do clube afastada - Contradita da testemunha - "Ex-cunhado" - Agressor - Dever de indenizar

Ementa: Ação de indenização. Festa em clube. Ato praticado por terceiro. Agressão física. Falha na prestação de serviços. Inocorrência. Comprovada a presença de todos os elementos necessários para a realização do evento. Responsabilidade do clube afastada. Agravo retido. Contradita da testemunha "ex-cunhado". Agressor. Confirmado o dever de indenizar.

- A hipótese do art. 405, § 2°, I, do CPC não se aplica à espécie, visto que a testemunha não tem relação de parentesco com o réu, uma vez que é "ex-cunhado" do autor, tendo-se separado aproximadamente seis meses antes da realização da audiência.

- Comprovada a presença de policiais e seguranças no evento, entendo que, não obstante a lamentável conduta do denunciado de urinar em ambiente inadequado, deveria o autor, ora apelado, solicitar a intervenção de um policial ou segurança, para tomar as providências devidas, e não ir pessoalmente até o mesmo adverti-lo de sua atitude.

- Não há que se falar em responsabilidade do clube apelante pela conduta desurbana do denunciado e pelo comportamento inconsequente do autor de perseguir e exigir de uma pessoa desconhecida, e sob efeito de bebida alcoólica, comportamento digno de um cidadão.

- Não havendo defeito na prestação de serviços, ou mesmo nexo de causalidade entre qualquer conduta do requerido e o dano experimentado pelo requerente, deve a r. sentença ser reformada para decotar a responsabilidade do réu na agressão sofrida pelo autor.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0701.04.089209-6/001 - Comarca de Uberaba - Apelantes: 1°) Robson Charles Gonçalves Martins, 2°) Uberaba Country Club - Apelados: Robson Charles Gonçalves Martins, Uberaba Country Club, Antônio da Silva Freitas Júnior - Relatora: DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, NEGAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E DAR PROVIMENTO PARCIAL À SEGUNDA.

Belo Horizonte, 26 de março de 2009. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de ação de indenização movida por Antônio da Silva Freitas Júnior em face de Uberaba Country Club, alegando que, em 19.06.2004, participava de festa denominada "Countrypira" nas dependências do réu, quando, por volta de 23h, um cidadão não identificado começou a urinar no gramado, próximo do requerente e de sua família, motivo pelo qual o advertiu para que utilizasse o banheiro, tendo sofrido um soco do indivíduo que, por

ter sido dado juntamente de um copo de vidro, resultou na perda total da visão de seu olho esquerdo.

Apresentada contestação às f. 21/48 pelo requerido, foi deferido o pedido de denunciação da lide ao agressor denunciado, Sr. Robson Charles Gonçalves Martins (f. 104), que, após citado, apresentou sua defesa às f. 108/109.

Realizada audiência de instrução e julgamento (f. 232/253), restou infrutífera a tentativa de acordo, sendo colhido o depoimento pessoal do denunciado e ouvidas duas testemunhas do autor e três do clube réu.

Em sentença de f. 304/319, a douta Juíza *a qua* houve por bem julgar procedente o pedido de denunciação da lide, condenando o denunciado em honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, suspensos nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50, julgar parcialmente procedente o pedido autoral para acolher o pedido de danos morais e condenar os requeridos ao pagamento de indenização de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), acrescidos de correção monetária desde o ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, e condenar o réu ao pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

O réu denunciado interpôs recurso de apelação (f. 322/327), alegando, preliminarmente, não poder ser denunciado à lide, uma vez que não possui responsabilidade quanto ao fator segurança do evento, não devendo, assim, ser responsabilizado por qualquer dano.

Esclarece que existe processo em trâmite na esfera criminal, onde se provará que o apelado concorreu com o fato, agindo o apelante em legítima defesa em razão da agressão sofrida pelo autor.

No mérito, reconhece que houve um atrito entre o apelante e o autor da ação, salientando que agiu em legítima defesa, visto que o apelado foi quem buscou conflito com o apelante, com o inegável intuito de agredir o apelante, o qual é fisicamente mais fraco.

Por fim, aduz não possuir qualquer tipo de responsabilidade, uma vez que o fato se deu por culpa exclusiva do apelado.

O réu, ora segundo apelante, pelas razões de f. 329/341, requer, preliminarmente, a apreciação do agravo retido interposto em audiência de instrução (f. 235), contra a decisão do Magistrado primevo, que, contraditada a oitiva da testemunha Adriano Minaré Rodrigues, acolheu o seu depoimento.

Alega o segundo apelante que, nos termos do art. 405, § 2º, I, do CPC, a contradita deve ser acolhida, uma vez que tal testemunha era cunhado do autor à época dos fatos, não podendo servir como testemunha, já que faltava isenção para tal empreendimento.

No mérito, alega restar demonstrada, através dos depoimentos das testemunhas do próprio apelado, a culpa exclusiva do autor, que, perseguindo o denunciado, acabou sendo atingido pelo mesmo.

Salienta desconhecer a informação de que o clube teria fornecido bebidas em copos de vidro e que a segurança contratada pelo apelante foi adequada e proporcional ao evento, em que pese não ter importância, pois junto ao acontecimento estavam três militares e o segurança do clube.

Alega que a Juíza *a qua* deixou de analisar o depoimento das testemunhas do apelante e de diversos fatos que revelam a isenção de culpa por parte do apelante.

Aduz restar comprovado, tanto pelo depoimento de f. 243/244 quanto pela ausência de contestação, que o apelado se encontrava embriagado no momento da ocorrência do fato, tendo o mesmo ocorrido por culpa exclusiva do autor, não havendo motivo para responsabilizar o segundo apelante, que apenas prestou socorro e atendeu o apelado sem qualquer restrição.

Afirma que, diante do atendimento prestado pelo segundo apelante, não há que se falar em culpa do clube pelo acontecimento, que, se realmente aconteceu, não foi causado por falta de cuidados do mesmo.

Por fim, requer, alternativamente, a redução do valor da condenação a título de danos morais para, no máximo, cinquenta salários mínimos.

Intimado, o autor apresentou suas contrarrazões (f. 349/352) aos recursos interpostos, refutando as razões dos apelantes e pugnando pela majoração do valor da indenização por danos morais.

O clube réu apresentou suas contrarrazões (f. 354/362) ao recurso interposto pelo denunciado, refutando os argumentos do mesmo e requerendo que seja negado provimento ao primeiro recurso.

Conheço dos recursos, pois são próprios, tempestivos, regularmente processados, estando ausente de preparo o primeiro e preparado o segundo (f. 343).

Por tratar-se de matéria mais abrangente, vejo por bem analisar, a princípio, o segundo recurso interposto pelo réu.

Segunda apelação - réu.

Preliminarmente - apreciação do agravo retido.

Pleiteia o segundo apelante, em sede de apelação, pelo conhecimento e análise do agravo retido por ele interposto oralmente na audiência de conciliação e julgamento.

Designada audiência de instrução e julgamento, foram colhidos os depoimentos do denunciado, de duas testemunhas do autor e de três testemunhas do réu.

Os autores contraditaram a testemunha do autor, Sr. Adriano Minaré Rodrigues (f. 235), o que restou indeferido pelo Julgador primevo. Assim, aviaram agravo retido, sustentando que o indeferimento da contradita afronta o disposto no art. 405, § 2º, I, do CPC, porque a testemunha era cunhado do apelado na época dos fatos.

Segundo dispõe o art. 414 do Código de Processo Civil:

> Art. 414. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo.
> § 1º É lícito à parte contraditar a testemunha argüindo-se a incapacidade, o impedimento ou a suspeição. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até três (3), apresentados no ato e inquiridas em separado. Sendo provados ou confessados os fatos, o juiz dispensará a testemunha, ou lhe tomará o depoimento, observando o disposto no art. 405, § 4º.
> [...].

No caso dos autos, os autores fundamentam a contradita no art. 405, § 2º, I, do CPC:

> Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.
> [...]
> § 2º São impedidos:
> I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;
> [...].

A hipótese do art. 405, § 2º, I, do CPC não se aplica à espécie, visto que a testemunha não tem relação de parentesco com o réu, uma vez que é "ex-cunhado" do autor, tendo-se separado aproximadamente seis meses antes da realização da audiência.

Ademais, a meu ver, a procedência ou improcedência do pedido dos autores não trará nenhum benefício ou prejuízo à testemunha contraditada, não sendo possível depreender interesse no deslinde da lide. Ao contrário, vejo que o depoimento do mesmo apenas contribui com relevantes esclarecimentos para a solução do litígio.

Assim, nego provimento ao agravo retido.

Mérito.

Insurge-se o segundo apelante contra a r. sentença, alegando, em síntese, que o fato ocorrido se deve por culpa exclusiva do autor, que ofereceu a todos os participantes as condições necessárias para a realização do evento e que a segurança contratada pelo apelante foi adequada e proporcional às dimensões da festa.

Analisando atentamente os autos, entendo que assiste razão ao segundo apelante.

Restou incontroverso nos autos que o apelado foi vítima de um soco com um copo de vidro em virtude de uma briga ocorrida nas dependências do clube apelante, quando o autor participava de uma festa, em 19.06.2004.

Inicialmente, importante esclarecer que, através das provas acostadas aos autos, conclui-se que o clube requerido, para a realização do evento denominado "Countrypira", em suas dependências, se precaveu de todos os elementos necessários para a plena realização do mesmo, de modo a garantir aos associados e convidados da festa toda a segurança e conforto necessários.

Assim, conforme se verifica às f. 62/65, para a realização do evento, o requerido realizou a contratação de 84 (oitenta e quatro) seguranças particulares, junto a empresa especializada em vigilância e segurança, além de receber da Polícia Militar de Uberaba a presença de 20 (vinte) policiais militares visando garantir a ordem pública no local.

Além disso, para realização do "Countrypira" recebeu alvará da Prefeitura Municipal de Delta, alvará judicial para a permanência de menores e atestado do Corpo de Bombeiros liberando o local para a realização do evento (f. 93/96).

Por fim, conforme se verifica à f. 78, o réu disponibilizou aos convidados 30 (trinta) banheiros químicos e corpo de serviço médico equipado, para atendimento àqueles que necessitassem, inclusive com ambulância para imediata remoção para hospital em casos de urgência.

Assim, verifica-se que carece de razão o autor em sua alegação de que a ausência de seguranças no local teria contribuído para a agressão por ele sofrida, uma vez que, conforme mencionado na própria inicial do autor, "após o fato, três (03) policiais que se encontravam próximos foram alertados da agressão sofrida pelo requerente...".

Comprovada a presença de policiais e seguranças no evento, entendo que, não obstante a lamentável conduta do denunciado de urinar em ambiente inadequado, deveria o autor, ora apelado, solicitar a intervenção de um policial ou segurança para tomar as providências devidas, e não ir pessoalmente adverti-lo de sua atitude; quanto mais que os dois se encontravam fazendo uso de bebida alcoólica, ou seja, provavelmente em estado de embriaguez.

A meu ver, inexistiu qualquer falha na prestação de serviços do réu, quando do fato ocorrido, não podendo a ele ser imputada a culpa pela agressão sofrida pelo autor, uma vez que fatos como esse são imprevisíveis, pois podem ocorrer de forma repentina, sendo que, logo após a agressão, a segurança do evento socorreu o autor, levando-o ao seu departamento médico e, posteriormente, ao hospital mais próximo.

A jurisprudência, em casos que tais, tem adotado a mesma solução, *mutatis mutandis*:

> Não se pode pretender que o serviço de segurança prestado pelo *shopping* seja invulnerável, nem se exigir uma garantia absoluta acerca da integridade física dos freqüentadores, em vista de atos inesperados e imprevisíveis de terceiros, equiparáveis, por isso, à força ou caso fortuito, causas que também excluem a responsabilidade civil. Em suma, não há nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida pelo estabelecimento e um ato de terceiro, que, dissimuladamente, seguindo os passos de pessoa determinada, ingressar no interior do *shopping* para matá-la, alvejando outras pes-

soas em ação rápida, repentina e fulminante, sem possibilidade de ser evitada. (TJSP-9ª Câmara de Direito Privado - Ac 82.292-4 - Rel. Ruiter Oliva - j. em 05.10.1999.)

Nesse mesmo sentido, é o entendimento deste eg. TJMG:

> Ação de indenização por danos materiais e morais - Agressão ocorrida em festa de formatura - Ausência de defeito na prestação de serviços - Pedidos iniciais julgados improcedentes - Sentença mantida. - Não se pode pretender que o serviço de segurança prestado pelo locador de *buffet*, para festa de formatura, nem se exigir uma garantia absoluta acerca da integridade física dos freqüentadores, em vista de atos inesperados e imprevisíveis de terceiros, equiparáveis, por isso, à força ou caso fortuito, causas que também excluem a responsabilidade civil. Em suma, não há nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida pelo estabelecimento e um ato de terceiro, que, de inopino, agride um outro participante da festa de formatura, e que é logo em seguida impedido de prosseguir na agressão pela equipe de segurança por aquela contratada. (TJMG, Proc. 1.0024.04.457503-3/001, Rel. Des. Domingos Coelho, j. em 17.05.2006.)

> Clube - Briga - Falta de culpa da direção - Segurança eficiente - Indenização indevida. - Não responde o clube pelos danos causados a determinada pessoa em suas dependências, em razão de briga entre os freqüentadores, se comprova que em nada contribuiu para a ocorrência e que mantinha regular e ostensiva segurança no clube, a qual impediu, com ação imediata, que os fatos se tornassem mais graves. (TAMG, Proc. 2.0000.00.368775-8/001, Rel.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. em 25.02.2003.)

Por meio do depoimento de uma das testemunhas do autor (f. 237), verifica-se claramente a reação do autor ao ver o denunciado urinando junto ao gramado do clube, próximo do local onde ele se encontrava com a sua família:

> Que o autor abordou Robson pedindo que o mesmo não urinasse, sendo que foi agredido pelo Robson. Que Antônio é quem foi atrás de Robson e que seguiu Robson.

O próprio denunciado, em seu depoimento de f. 233/234, confirma que, após sair do local onde urinava, foi seguido pelo autor, que insistia em xingá-lo e pedir explicações acerca do ocorrido:

> Que a pessoa começou a acompanhá-lo e xingava, sendo que seu amigo de nome Diego lhe disse que a pessoa estava xingando o depoente e começou a discussão verbal. Que o requerente veio em sua direção dando-lhe um tapa no peito, sendo empurrado.

Assim, dúvidas não restam de que a atitude do autor foi impensada, uma vez que não era papel dele cobrar um comportamento correto do denunciado, mas sim de toda a equipe formada pelo apelante, que poderia solicitar, inclusive, a retirada do cidadão de dentro de suas dependências.

Não há que se falar, dessa forma, em responsabilidade do clube apelante pela conduta desurbana do denunciado e pelo comportamento inconsequente do autor de perseguir e exigir de uma pessoa desconhecida, e sob efeito de bebida alcoólica, comportamento digno de um cidadão.

Quanto à utilização do copo de vidro, verifica-se que não fica claro sua procedência, mas pode ser do próprio denunciado ou das pessoas que acampavam próximo ao local, já que o próprio denunciado declara que ia, a todo momento, até o carro de seu amigo para encher o copo de uísque.

Assim, resta claro que, em momento algum, o segundo apelante ofereceu aos participantes do Countrypira copos de vidro para ingerir suas bebidas, tendo o apelante feito o uso de copo de vidro de maneira irregular e sem o consentimento do réu.

Assim, inexistindo defeito na prestação de serviços, ou mesmo nexo de causalidade entre qualquer conduta do requerido e o dano experimentado pelo requerente, deve a r. sentença ser reformada para decotar a responsabilidade do réu na agressão sofrida pelo autor do denunciado.

Dessa forma, nego provimento ao agravo retido e dou parcial provimento ao recurso, apenas para isentar o segundo apelante do pagamento de condenação a título de danos morais.

Custas, na razão de 50% pelo segundo apelante e 50% pelo apelado, ficando suspensa sua cobrança nos termos da Lei 1.060/50 (f. 16-v.).

Primeira apelação - denunciado.

Inicialmente, vejo por bem rejeitar a preliminar do denunciado, alegando não poder ser denunciado à lide por não ter responsabilidade sobre a segurança do evento.

Ora, conforme já exposto, o autor dirigiu-se ao denunciado, uma vez que este, ao invés de utilizar-se dos banheiros químicos disponibilizados pelo clube, aguardando em fila como é de costume das pessoas, preferiu fazer suas necessidades fisiológicas no gramado e de forma ofensiva, uma vez que estava de frente para diversas pessoas que se encontravam no local, dentre elas o apelado, acompanhado de sua família.

Provavelmente se sentindo agredido com a atitude ofensiva e deselegante do denunciado, e já sob influência dos efeitos da bebida alcoólica ingerida, ao invés de solicitar a presença de um segurança no local, preferiu o autor dirigir-se diretamente ao denunciado, chamando a atenção acerca de seu comportamento, resultando, assim, o incontroverso atrito entre ambos, com agressões recíprocas.

Assim, se o denunciado não se comportou de maneira compatível com a educação e bons costumes esperados de um cidadão, não cabe ao réu ser responsabilizado por tal ato, devendo o denunciado responder, isoladamente, pelos danos sofridos pelo autor decorrentes da agressão.

Dessa forma, rejeito a preliminar de impossibilidade da denunciação da lide e nego provimento ao primeiro recurso.

Custas, pelo primeiro apelante, suspensa sua exigibilidade, por estar sob o pálio da justiça gratuita (f. 318).

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ROGÉRIO MEDEIROS e VALDEZ LEITE MACHADO.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, NEGARAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL À SEGUNDA.

...

Ação anulatória de sentença arbitral - Prova pericial - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Julgado - Omissão - Recurso próprio - Art. 32 da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem) - Ausência das situações elencadas

Ementa: Apelação cível. Ação anulatória de sentença arbitral. Cerceamento de defesa inexistente. Omissão no julgado. Recurso próprio previsto no art. 30 da Lei de Arbitragem. Ausência das situações elencadas no art. 32 da Lei 9.307/96.

- O indeferimento de produção de prova pericial não viola direito de defesa, pois, do mesmo modo que na jurisdição estatal, os árbitros que atuam perante o tribunal arbitral têm a faculdade de decidir sobre a produção das provas necessárias ao deslinde da lide, nos termos do art. 22 da Lei de Arbitragem.

- Não havendo recurso, uma vez proferida a sentença arbitral, haverá trânsito em julgado nos limites do que for da competência do árbitro.

- Feito o compromisso arbitral, as partes a ele se submetem, só podendo a sentença arbitral ser anulada nos casos previstos no art. 32 da Lei nº 9.307/96.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.05.108975-6/002 - Comarca de Uberaba - Apelante: Formalar Engenharia e Incorporações Ltda. - Apeladas: Construtora Brilhante Ltda. e outra - 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, 19 de março de 2009. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Formalar Engenharia e Incorporações Ltda. contra sentença proferida em ação declaratória de nulidade de decisão arbitral que move em face de Construtora Brilhante Ltda. e JT Engenharia Ltda.

Alegou a autora, em síntese, na inicial, que firmou com as requeridas em 1º.02.2003 um instrumento particular de parceria, que continha diversas obrigações assumidas simultaneamente pelos contratantes, dentre as quais a de que qualquer conflito ou divergência seria resolvido por procedimento arbitral, nos termos da Lei 9.307/96.

Assegurou que, em 12.01.2005, foi firmado o compromisso arbitral perante o Tarcom - Tribunal de Arbitragem, Conciliação e Mediação, Seccional de Uberaba, que tinha como objeto o suposto descumprimento por parte da requerente da cláusula quarta do contrato firmado, o que ocasionaria a incidência das multas previstas na cláusula nona.

Aduziu a autora que a decisão proferida pelo tribunal arbitral se encontra totalmente eivada de nulidades, uma vez que violou os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa ao indeferir a produção da prova pericial por ela requerida, além de ter deixado de apreciar questões apresentadas, decidindo contrariamente às normas de direito público, infringindo matérias de ordem pública que o sistema legal impõe como indispensáveis à manutenção da ordem jurídica.

Entendendo presentes os requisitos legais, pugnou pela concessão de tutela antecipada, para que as requeridas se abstivessem de tomar qualquer providência, especialmente em relação à execução da sentença arbitral.

Ao final, requereu a procedência do pedido, declarando-se a nulidade da decisão arbitral.

Às f. 169/170, o Julgador monocrático indeferiu a inicial, extinguindo o feito com base no art. 267, I, do CPC, sendo essa decisão objeto do recurso de apelação de f. 172/189. Foi proferido o acórdão às f. 208/212, no qual a Turma Julgadora cassou a sentença, determinando o prosseguimento normal do feito até decisão final.

As rés, Construtora Brilhante Ltda. e JT Engenharia Ltda., apresentaram contestação às f. 249/262, arguindo, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, afirmaram que a prova pericial requerida pela autora em nada influenciaria no julgamento feito pelo juízo arbitral, visto que a discussão se limitava à existência ou não de prestação de contas.

Disseram que o descumprimento contratual se deu exclusivamente pela inércia da requerente, que deixou de

prestar contas e apresentar extratos bancários. Sustentaram que o juízo arbitral foi constituído para verificar o descumprimento de uma cláusula e a consequente imposição de multa previamente contratada.

Por fim, pediram o acolhimento da preliminar levantada, julgando-se extinto o processo sem julgamento do mérito, ou, no mérito, a improcedência do pedido, condenando-se a autora por litigância de má-fé.

Sobreveio a sentença à f. 311, na qual o Magistrado singular julgou improcedente o pedido inicial, condenando a autora ao pagamento das custas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, corrigidos desde o ajuizamento da ação.

Inconformada, Formalar Engenharia e Incorporações Ltda. interpôs recurso de apelação às f. 316/331, afirmando que as alegações por ela apresentas perante o tribunal arbitral não foram analisadas, nem sequer foram indeferidas, o que acarreta a nulidade de tal decisão. Asseverou que houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que foi indeferida a produção da prova pericial por ela requerida.

Ressaltou que não poderia ter sido negada a prova técnica, pois esta era essencial para a comprovação de que houve descumprimento do contrato por parte das recorridas. Salientou que a cláusula nona, que estipula a multa, é nula, já que foi elaborada pelas recorridas sem qualquer participação da recorrente.

Garantiu que assinou o contrato de boa-fé, sem jamais imaginar que a intenção das recorridas era se unir em caso de fracasso financeiro do empreendimento e juntas cobrar uma multa sem ao menos se interessarem pelos resultados da obra, restando evidente a má-fé daquelas e o desrespeito à função social do contrato. Aduziu que não houve descumprimento contratual da sua parte, visto que a prestação de contas foi apresentada.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso, reformando-se a decisão de primeiro grau, julgando-se procedente o pedido inicial para declarar a nulidade da decisão arbitral.

As apeladas, devidamente intimadas, apresentaram contrarrazões às f. 336/340, batendo-se pela manutenção da sentença hostilizada.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente, observo que a autora, ora apelante, interpôs o presente recurso pretendendo ver modificada a sentença na qual o Magistrado singular julgou improcedente seu pedido para declaração de nulidade da decisão arbitral, condenando-a ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Contudo, a meu ver, não merece prosperar o recurso.

Da definição do instituto da arbitragem, exsurge o caráter híbrido de tal convenção, que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e/ou de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.

Os contratantes, ao pactuarem o compromisso, assumem o risco de se verem obrigados por uma decisão eventualmente equivocada do árbitro. Além disso, tem-se claro, à luz das disposições contidas na Lei nº 9.307/96, que a partir do instante em que, no contexto de um instrumento contratual, as partes envolvidas estipulem a cláusula compromissária, está definitivamente imposta como obrigatória a via extrajudicial para a solução dos litígios envolvendo o ajuste.

Dessa forma, feito o compromisso arbitral, as partes a ele se submetem, só podendo a sentença arbitral ser anulada nos casos previstos no art. 32 da Lei nº 9. 307/96, mantendo-se a mesma nos limites submetidos ao juízo arbitral.

No caso em análise, a empresa demandante ajuizou a presente ação anulatória, insurgindo-se contra a decisão proferida pelo Tribunal de Arbitragem, Conciliação e Mediação da Seccional de Uberaba, alegando que teve seu direito de defesa cerceado, na medida em que requereu a produção de prova pericial, mas teve o pedido negado, além de ter apresentado matérias de defesa que nem sequer foram analisadas e ter decidido contrariamente às normas de direito público, infringindo matérias de ordem pública que o sistema legal impõe como indispensáveis à manutenção da ordem jurídica.

Acerca das situações que acarretam a nulidade da sentença arbitral, assim consigna o art. 32 da Lei nº 9.307/96:

> É nula a sentença arbitral se:
> I - for nulo o compromisso;
> II - emanou de quem não podia ser árbitro;
> III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
> IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
> V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
> VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
> VII - proferida fora do prazo, respeitado o art. 12, inciso III, desta Lei; e
> VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Entretanto, na hipótese, não se encontra presente nenhuma situação capaz de ensejar a nulidade da sentença proferida pelo tribunal arbitral.

Ora, ao contrário do que alegou a apelante, o fato de ter sido indeferida a produção da prova pericial não violou seu direito de defesa, pois, do mesmo modo que na Jurisdição Estatal, os árbitros que atuam perante o tribunal arbitral têm a faculdade de decidir sobre a produção das provas necessárias para o deslinde da lide, nos termos do art. 22 da Lei de Arbitragem, *in verbis*:

> Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

O § 2º do art. 21 da mencionada lei também é claro no sentido de que é aplicável ao procedimento de arbitragem o princípio do livre convencimento motivado:

> Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.
> § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.
> § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Demais disso, conforme se verifica à f. 148, a realização de perícia técnica foi indeferida por unanimidade, por se tratar de prova irrelevante para a questão posta nos autos:

> Ficou deferida a dispensa de produção de prova testemunhal conforme acordo das partes; quanto à prova pericial, foi indeferida à unanimidade pelos árbitros, à consideração de que seu pedido contrasta com o objetivo da arbitragem, ficando, assim, encerrada a fase de instrução e saneado o processo.

Nesse sentido, reproduzo trecho da sentença singular:

> Como o objeto da arbitragem era o descumprimento ou não do disposto na cláusula quarta do contrato, que determinava a prestação de contas mensal, bem como a legalidade da multa prevista na cláusula nona, não há que se falar em cerceamento de defesa no tocante ao indeferimento da prova técnica, pois a perícia se mostra absolutamente irrelevante ao deslinde do feito (f. 311).

Em relação à afirmação de que existe omissão na sentença arbitral, melhor sorte não assiste à apelante, pois a Lei de Arbitragem prevê, em seu art. 30, recurso específico para tal caso, que deve ser dirigido ao juízo arbitral.

Reproduzindo-se o citado dispositivo legal:

> Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:
> I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;
> II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.
> Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

E, não havendo recurso, uma vez proferida, a sentença arbitral transitará livremente em julgado, nos limites do que for da competência do árbitro, pois, no momento em que é nomeado pelas partes, o árbitro recebe delas um verdadeiro poder de decidir, impondo em caráter obrigatório e vinculativo a solução para um determinado e específico conflito de interesses, aplicando a norma ao caso concreto, decidindo terminativamente a lide por meio de uma jurisdição privada e verdadeiramente voluntária.

Por fim, no que tange à alegação de que o tribunal arbitral decidiu contrariamente às normas de direito público, infringindo matérias de ordem pública que o sistema legal impõe como indispensáveis à manutenção da ordem jurídica, nesse ponto também sem razão a apelante, já que, na verdade, pretende a parte recorrente, insatisfeita com o resultado do julgamento, a rediscussão da questão levada à apreciação do juízo arbitral, o que não é possível.

Ressalte-se que, tendo a apelante escolhido, de modo voluntário, a arbitragem como forma de solução dos conflitos relativos ao contrato celebrado com as apeladas, renunciando ao seu direito de recorrer ao Poder Estatal, não pode agora querer alterar o que foi decidido pelo juízo arbitral.

Assim, depois que as partes se submetem à arbitragem, não podem simplesmente se subtrair da sua decisão só porque a mesma lhes foi desfavorável, porque aí é que está a utilidade do árbitro. Entender o contrário seria negar a sua utilidade e dar lugar ao abuso e à má-fé.

A propósito:

> Ação de nulidade de sentença arbitral. Decisão *citra petita*. Inocorrência. Valor da causa. Inexistência de proveito econômico. *Decisum extra petita* afastado. Observância da convenção de arbitragem. Parcialidade do árbitro não configurada.
> - Inexiste nulidade da sentença se presentes se encontram a fundamentação e o dispositivo sentencial, resolvendo, plenamente, a questão submetida a julgamento, não se afastando dos limites da lide e não contendo, quanto ao seu aspecto formal, os vícios que lhe imputa a parte vencida.
> - A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico, que poderá ser arbitrado pela parte, quando congruente com o desfecho pretendido com a lide.
> - Verificando-se dos termos do *decisum* que foi apreciado o objeto posto na convenção de arbitragem, inexistem motivos para considerar a decisão *extra petita*.
> - O fato de o árbitro ter analisado as provas dos autos segundo seu livre convencimento, mas em sentido contrário ao que pretendia o autor, não é capaz de maculá-las de nulidade.
> - Nas causas em que não houver condenação, os honorários advocatícios serão fixados, consoante apreciação equitativa do julgador, atendendo, contudo, as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil (Extinto TAMG - AC nº 2.0000.00.404886-4/000 - 3ª Câmara Cível - Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - j. em 03.12.2003).

> Arbitragem. Anulação. Casos em que se dá inocorrência. Manutenção da sentença arbitral. - Feito o compromisso arbitral em processo em andamento, as partes a ele se submetem, só podendo a sentença arbitral ser anulada nos casos previstos no art. 32 da Lei nº 9.307, de 23.09.96, mantendo-se a mesma nos limites submetidos ao juízo arbitral (Extinto TAMG - AC nº 2.0000.00.386180-7/000 - 1ª Câmara Cível - Rel.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade - j. em 14.10.2003).

Portanto, não se enquadrando o caso em qualquer das hipóteses previstas no art. 32 da Lei 9.307/96, não há que se falar em nulidade da sentença arbitral.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, para manter a bem lançada sentença de primeiro grau.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANGELINA CASTILHO DUARTE e ANTÔNIO DE PÁDUA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Cessão de direitos hereditários - Imóvel - Venda *ad corpus* - Real dimensão do imóvel - Discussão - Ação própria de retificação de área

Ementa: Agravo de instrumento. Cessão de direitos hereditários. Imóvel cedido. Totalidade da área. Inexistência de desmembramento e reserva de parte do imóvel. Retificação/complementação da adjudicação. Necessidade.

- Demonstrado que a venda do imóvel foi *ad corpus*, inexistindo, ainda, qualquer discussão no sentido de ter sido entregue ao cedente, na data acordada, imóvel diverso daquele caracterizado na escritura de cessão, eventual discussão quanto às suas reais dimensões deve ser dirimida em ação própria de retificação de área e não nos autos do inventário em que deferida a sua adjudicação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0672.08.285003-9/001 - Comarca de Sete Lagoas - Agravante: Miguel Arcanjo de Faria Filho - Agravado: Antônio José Lucena - Relator: DES. ELIAS CAMILO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de março de 2009. - *Elias Camilo* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, o Dr. Geraldo Faria Abreu.

DES. ELIAS CAMILO - Trata-se de agravo de instrumento contra a decisão de f. 48/50-TJ, que, nos autos da "ação de arrolamento dos bens deixados por Geralda Menezes de Araújo", indeferiu o pedido do ora agravante de retificação do auto de adjudicação do imóvel por ele adquirido do agravado, através da escritura de cessão de direitos hereditários de f. 25-TJ, "tendo por correto o auto de partilha apresentado e homologado" (*sic*, f. 50-TJ).

Fundamentando sua decisão, conclui o Juiz sentenciante que "a escritura de cessão, f. 18 [f. 25-TJ], delimita a área cedida ao adjudicatário, delimitando, também, o que ficou reservado ao meeiro Antônio Lucena" (*sic*, f. 50-TJ), não havendo que se falar, assim, em retificação do auto de adjudicação.

Nas razões recursais, sustenta a agravante, em apertada síntese, que, em razão de mero erro material, foi por ele requerida a adjudicação de apenas 25,04 ha da área do imóvel a ele cedido pelo agravado através da "Escritura Pública de Cessão de Direitos e Meação de Herança" de f. 25-TJ, e não sua totalidade (29,04 ha), razão pela qual devida se mostra a retificação da adjudicação, para abranger, também, os 4,0 ha restantes.

Aduz que, ao contrário do afirmado na decisão vergastada,

> inexiste nos autos [...] um único documento [...] determinando a reserva dos 4,00 ha a favor do agravado, sendo certo que a Cessão foi de 29,04 ha, fazendo as partes à época clara menção ao registro do Incra (f. 21) [f. 28 -TJ] do qual consta a área de 29,0 ha (*sic*, f. 05-TJ), e não de apenas 25,04 ha.

Arremata pugnando pelo provimento do recurso, com a reforma da decisão vergastada, para que seja deferida a retificação da adjudicação pleiteada.

Instrui o pedido com os documentos de f. 09/57-TJ, estando o recurso devidamente preparado.

Admitido o processamento do recurso sob a forma de instrumento, e requisitados informes (decisão de f. 62-63/TJ), o il. Juiz de primeiro grau prestou as informações de f. 67/68-TJ, mantendo a decisão recorrida.

O agravado, apesar de devidamente intimado para ofertar contrarrazões (f. 64-TJ), quedou inerte, conforme certidão de f. 81-TJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 84/86-TJ, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, porque próprio, tempestivamente aviado, regularmente processado e preparado.

Busca o agravante, através do presente recurso, a reforma da decisão vergastada, para que seja determinada a retificação da adjudicação do imóvel a ele cedido pelo agravado, através de "cessão de direitos hereditários" de f. 25-TJ, expedindo-se, via de consequência, a competente carta de adjudicação da diferença de 4,00 ha da área total do imóvel, do qual foi preterido em virtude de erro material.

Dessa forma, cinge-se a controvérsia recursal à existência de efetivo erro na adjudicação em comento, ou, se, ao contrário, a suposta diferença de 4,00 ha da área do imóvel objeto da cessão teria sido reservada ao cedente, ora agravado.

De uma detida análise dos autos, observo que razão não assiste ao agravante.

Isso porque, de uma detida análise da escritura de cessão de direitos hereditários e meação (f. 25-TJ), verifica-se que se trata, na verdade, de uma venda *ad corpus*, e não *ad mensuram*.

A respeito, a lição de Caio Mário da Silva Pereira, sob a égide do Código Civil de 1916, aplicável ao caso, é elucidativa:

> Quando o contrato tem por objeto venda de terras, pode ocorrer que, na medição realizada posteriormente, seja apurada a falta de correspondência entre a área efetivamente encontrada e as dimensões dadas. A diferença poderá ser para mais ou para menos, como pode variar de extensão, proporcionalmente ao que consta do título, sendo, desta sorte, um defeito equiparável ao vício redibitório. Diante da lei (Código Civil, art. 1.136), a solução do problema variará em razão da caracterização da venda, em função do que o título revela. Na venda *ad mensuram*, que é aquela em que as dimensões são tomadas em consideração preponderante, o comprador tem direito à complementação da área, e, não sendo isto possível, abre-se-lhe uma opção entre a rescisão do contrato e o abatimento proporcional do preço. [...] Na venda *ad corpus*, que é aquela em que o imóvel é transferido como coisa certa e discriminada, ou o terreno bem delimitado, o comprador nada pode reclamar porque não foi uma área o objeto do contrato, porém uma gleba caracterizada por suas confrontações, caracteres de individualização, tapumes, etc., não importando para o contrato se em maior ou menor número de hectares. O juiz, na determinação se a venda se realizou *ad mensuram* ou *ad corpus*, deverá primeiro consultar o título, pois que ninguém melhor do que os próprios confrontantes para esclarecer a sua intenção. Na falta de uma declaração expressa, haverá de valer-se de elementos extraídos da descrição do imóvel, de sua finalidade econômica, de provas aliunde inclusive indícios e presunções (*Instituições...*, 10. ed. Ed. Forense, v. 3, § 221-E).

Dessa forma, de uma simples leitura da mencionada escritura pública de cessão, observa-se que, ainda que tenha constado da referida escritura que o objeto da cessão seria a gleba de terra denominada "Canoas", composta por "terras de campo e cultura, medindo mais ou menos 29,04 ha" (sic, f. 25-TJ), não se vislumbrando, assim, uma declaração exata sobre a real área adquirida, verifica-se que a venda da área em discussão foi efetivamente realizada *ad corpus*, na medida em que aquele documento delimita as confrontações do terreno, senão vejamos:

> [...] que pela presente escritura e na melhor forma de direito cede, como tem efetivamente cedido, os quinhões hereditários que a ele, outorgante, cabem na sua condição de herdeiro legítimo e a parte de sua meação que lhe compete como esposo da falecida Geralda Menezes de Araújo, especificamente quanto à gleba acima mencionada e que será caracterizada pelas suas divisas e confrontações: começa pela cerca de arame no alto da Rua Tiradentes, perto da Caixa d'água que abastece a cidade de Inhaúma e desce em linha mais ou menos reta fechada por cerca de arame e confrontando com o cessionário Miguel Arcanjo de Faria Filho, até encontrar a divisa com Genival de Tal; daí, também em linha reta mais ou menos prossegue dividindo com Genival de Tal até alcançar a divisa de Mario de Paula, daí, prossegue dividindo com Mario de Paula até alcançar a divisa de José Tavares Leão; daí, prossegue até uma quina de cerca no ângulo de mais ou menos 90° à direita prossegue com o mesmo confrontante, passando por baixo de uma rede de energia elétrica, até alcançar outra quina de cerca no ângulo de mais ou menos 90° à direita digo à esquerda, com o mesmo confrontante prossegue até alcançar a divisa com Benjamim Antonio da Silva; daí, desce morro abaixo passando por uma reserva de mato até alcançar um ponto delimitado perto de uma antiga Cerâmica; daí, em linha reta com a dimensão de 29m até alcançar um Pau de Formiga dentro do Valo que atravessa a propriedade; daí, deste Pau de Formiga prossegue dividindo com uma área reservada para quintal do cedente, na distância de mais ou menos 105m até alcançar uma árvore de Mangueira; daí, também em linha reta na distância de mais ou menos 28m até alcançar uma moita de bambu na quina da cercado cedente; daí, pela direita sempre por cerca de arame prossegue dividindo com uma Rua aberta pela Prefeitura de Inhaúma, sem nome, que faz parte do loteamento Santo Antônio de propriedade do Cedente, cujo loteamento em fase de aprovação pela prefeitura local e, já totalmente delimitado, cuja área será destacada da origem anterior de aquisição da falecida Geralda Menezes de Araujo; e sempre por esta Rua delimitando o loteamento, prossegue morro acima até alcançar a Rua Tiradentes, daí, rua acima até encontrar o ponto de partida perto da caixa d'água; [...] (*sic*, f. 25/25v-TJ).

Dessa forma, com a devida vênia, forçoso concluir que o imóvel cedido restou caracterizado, na realidade, não pelas suas dimensões, mas sim pelas suas confrontações, repita-se, devidamente estabelecidas na citada escritura, podendo, portanto, até mesmo possuir área maior ou menor do que os reportados 29,04 ha.

Aqui, cumpre registrar que, conforme demonstrado, não está o agravante sequer discutindo ter-lhe sido entregue, na data acordada (01.09.85), área menor do que aquela objeto da cessão, insurgindo-se apenas quanto as suas reais dimensões, se 29,04 ha, ou se os

25,04 ha dispostos na respectiva Carta de Adjudicação do imóvel, inexistindo, destarte, dúvida de que o agravante comprou aquilo que desejava, com características e preço bem definidos.

Nesse passo, a lição de Sílvio de Salvo Venosa:

> Na venda *ad corpus*, presume-se que o comprador adquire o imóvel conhecendo-o em sua extensão e dimensão. Não pode reclamar complemento de área ou desconto. Presume-se que pagou preço global pelo que viu e conheceu (*Direito civil - direitos reais*. Ed. Atlas, 2003, p. 62).

Entretanto, salvo melhor juízo, eventual discussão quanto ao real tamanho da área cedida, repita-se, de acordo com as confrontações estabelecidas na escritura de cessão (f. 25-TJ), não pode ser dirimida, como pretendido, nos autos do inventário em que se deu sua adjudicação, devendo, sim, ser objeto de eventual ação de retificação de área, ou, se instaurado o contencioso, em ação própria até mesmo por demandar maior dilação probatória somente ali possível de ser produzida.

Com tais razões, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo agravante.

DES. BITENCOURT MARCONDES - De acordo.

DES. FERNANDO BOTELHO - Cessão de direito hereditário não constitui contrato translativo de domínio de coisa individualizada, mas transmissão de direito ideal cuja especificação somente se dá *a posteriori,* e não *a priori* da celebração da avença.

Por isso, incabível execução específica do pacto e, por consequência, a exigência de bens específicos do acervo inventariado (o monte-mor partível).

No caso, inatendível por tal razão a súplica recursal.

Com estes fundamentos, nego provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Concurso público - Deficiência física - Portador de visão monocular - Direito às vagas reservadas - Lei Estadual 11.867/95 - Indenização - Dano moral - Dano material - Ausência de comprovação

Ementa: Administrativo. Concurso público. Portador de visão monocular. Deficiência física. Direito às vagas reservadas em concurso público. Lei Estadual 11.867/95. Indenização. Danos morais e materiais. Não comprovação.

- O portador de visão monocular tem direito de concorrer em sede de concurso público às vagas destinadas aos portadores de deficiência física, conforme previsto na Lei Estadual 11.867/95.

- Se o pedido de nomeação da candidata portadora de deficiência física foi atendido pelo Judiciário não há falar em indenização por danos materiais e muito menos morais.

- Mesmo na reparação de danos pelo Estado segundo a teoria da responsabilidade objetiva, há de ter a indenização uma causa.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.07.443698-1/002 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelante adesiva: Edilene Tameirão da Silva - Apelados: Estado de Minas Gerais, Edilene Tameirão da Silva - Relator: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIO E ADESIVO.

Belo Horizonte, 31 de março de 2009. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de reexame necessário e de recurso de apelação e adesivo contra a r. sentença de f. 136/144, a qual julgou parcialmente procedente o pedido, determinando ao réu que providencie no prazo de 20 dias a nomeação e posse da autora na cota de vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais, sob pena de multa de R$ 5.000,00.

O Estado de Minas Gerais em suas razões recursais de f. 155/159 pugna pela reforma da sentença para que seja julgado improcedente o pedido, haja vista que a autora não tem direito à nomeação nas vagas destinadas aos portadores de deficiência física.

A autora em seu recurso adesivo de f. 165/168 pugna pela reforma da sentença para que seja indenizada por danos morais e materiais nos termos do pedido.

Ambas as partes apresentaram contrarrazões.

Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário e adesivo, visto que satisfeitos seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A presente ação foi interposta pela autora contra ato do Exmo. Presidente deste Tribunal de Justiça, ao fundamento de que, embora concorrendo às vagas destinadas a portadores de deficiência (visual), não fora considerada pela Junta Médica como "portadora de deficiência, segundo as disposições contidas no art. 4º do Decreto Federal nº 3.298/99, com redação dada pelo Decreto Federal nº 5.296/04".

A autora afirma que possui visão monocular, juntando relatórios médicos atestando que possui visão monocular, ou seja, cega do olho direito.

Constata-se ainda dos autos que o relatório médico elaborado pelo próprio TJMG informa que "ali se encontra, sem dúvida, o registro de perda visual à direita, mas com visão normal à esquerda" (f. 32).

O Decreto Federal nº 3.298/1999 impõe uma interpretação sistemática, adquirida da escola hermenêutica clássica, tendo em vista o contido em seu art. 3º, segundo o qual:

> Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:
> I - deficiência - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

A Lei Estadual nº 11.867/1995 assim preceitua:

> Art. 1º Fica a administração pública direta e indireta do Estado obrigada a reservar 10% (dez por cento) dos cargos ou empregos públicos, em todos os níveis, para pessoas portadoras de deficiência.
> § 1º [...]
> § 2º Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, pessoa portadora de deficiência é aquela que apresenta, em caráter permanente, disfunção de natureza física, sensorial ou mental que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro de um padrão considerado normal para o ser humano.

Com efeito, o legislador não tachou a deficiência visual nos limites do inciso III do art. 4º do Decreto 3.298/99, alhures mencionado, pois, se assim quisesse, desnecessária seria a definição de deficiência física constante no citado art. 3º, mas, como a lei não contém frases, palavras, menos ainda artigos inúteis, pode-se concluir que aquele que detém apenas a visão de um olho na denominada "visão monocular" é portador de deficiência física nos moldes do decreto federal e do ordenamento estadual, ambos norteadores do edital que regeu o concurso público, no qual fora aprovada a autora.

Para maior reforço dos articulados retro, veja as seguintes ementas do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Administrativo. Concurso público. Portador de visão monocular. Direito de concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Recurso ordinário provido.
> 1. O art. 4º, III, do Decreto 3.298/99, que define as hipóteses de deficiência visual, deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal, de modo a não excluir os portadores de visão monocular da disputa às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Precedentes.
> 2. Recurso ordinário provido (RMS nº 19.257/DF - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - j. em 10.10.2006 - *DJ* de 30.10.2006, p. 333).

> Recurso ordinário em mandado de segurança. Deficiente visual. Visão monocular. Exclusão do benefício da reserva de vaga. Ilegalidade. Recurso provido.
> I - A deficiência visual, definida no art. 4º, III, do Decreto nº 3298/99, não implica exclusão do benefício da reserva de vaga para candidato com visão monocular.
> II - 'A visão monocular cria barreiras físicas e psicológicas na disputa de oportunidades no mercado de trabalho, situação esta que o benefício da reserva de vagas tem o objetivo de compensar'.
> III - Recurso ordinário provido (RMS nº 19.291/PA - Rel. Min. Felix Fischer - j. em 16.02.2006 - *DJ* de 03.04.2006, p. 372).

No mesmo sentido, são os seguintes julgados emanados deste eg. Sodalício, *in verbis*:

> Administrativo. Concurso público. Visão monocular. Deficiência. Caracterização. - À candidata que é portadora de visão monocular assegura-se o direito de se inscrever em concurso público, dentro das vagas destinadas aos portadores de deficiência, nos termos da Lei Estadual nº 11.867/95. A cegueira total do olho esquerdo confere à candidata a condição de portadora de deficiência física, sendo defeso ao Município se recusar a empossá-la sob o argumento de que a visão monocular não caracteriza deficiência física (6ª CC - Apelação Cível nº 1.0024. 06.-990718-6/001 - Rel. Des. Antônio Sérvulo - j. em 25.07.2006 - *DJ* de 04.08.2006).

> Ação ordinária. Concurso público. Deficiente físico. Indenização. Requisitos demonstrados. Danos moral e material. - A pessoa que detém visão monocular em razão de não possuir o globo ocular esquerdo é portadora de deficiência física, devendo, por isso, ser admitida em concurso, no qual foi aprovada e inscreveu-se nessa qualidade (4ª GCC - Mandado de Segurança nº 1.0000.04.459862-9/000 - Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - j. em 27.04. 2005 - *DJ* de 04.06.2005).

Assim, ficou claramente demonstrado o direito da autora, conforme comprovam os laudos médicos anexados à exordial, inclusive da junta médica deste colendo Sodalício reconhecendo perda visual à direita, fazendo jus à aprovação e classificação dentro das vagas destinadas aos portadores de deficiência física.

Da indenização por danos morais e materiais.

Entendo não merecer guarida a pretensão da autora em ser indenizada por danos materiais e morais, como bem examinou a questão o MM. Juiz *a quo* em sua decisão:

> Há que se assinalar que os vencimentos somente são devidos a partir do momento em que ocorre o 'exercício funcional', ou seja, quando se dá a 'efetiva prestação do serviço', sob pena de enriquecimento ilícito.

No caso, para que haja o dever de indenizar, faz-se mister a conjugação de dois elementos básicos: o dano efetivo e o nexo de causalidade entre a atuação pública e o prejuízo sofrido, cuja prova é da parte autora, *ex vi* do art. 333, I, do CPC. Ou seja, no ordenamento jurídico pátrio, incumbe ao autor a prova quanto ao fato constitutivo do seu direito.

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, conquanto objetiva, exige a prova do dano e do nexo de causalidade entre a atividade estatal e o prejuízo sofrido pela vítima.

Em caso que tal cabe ao autor de ação reparatória contra o Estado o ônus de provar o dano e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão estatal e o *eventus damni* sob pena de ver sucumbir o pedido abrigado por aquela referida ação.

Assim, não ficando comprovado nos autos qualquer dano moral ou material não há que se falar em indenização.

Com tais considerações, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicados os recursos voluntário e adesivo.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HELOÍSA COMBAT e ALVIM SOARES.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIO E ADESIVO.

...

Ação de cobrança - Ex-empregada - Relação de emprego - Valores indevidamente apropriados - Veementes indícios - Índole eminentemente civil - Competência - Justiça comum estadual - Liminar - Conta bancária - Bloqueio - Indisponibilidade dos bens - Manutenção - *Fumus boni juris - Periculum in mora* - Requisitos presentes

Ementa: Processual civil. Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Valores indevidamente apropriados por ex-empregada durante a relação de emprego. Competência. Justiça comum. Índole eminentemente civil. Liminar. Bloqueio de contas bancárias e indisponibilidade de bens. Manutenção. Veementes indícios de apropriação indevida. *Fumus boni juris* e *periculum in mora*. Requisitos presentes.

- Sendo a ação de índole eminentemente civil, assentando-se a causa de pedir na devolução de valores indevidamente apropriados pela ré, ex-empregada da autora, a Justiça Estadual é competente para o seu processamento e julgamento.

- Presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, requisitos necessários à outorga da medida emergencial, corporificados na existência de veementes indícios de que a requerida, de forma ilícita, desviou valores pertencentes à sua empregadora, impõe-se seja mantida a decisão que deferiu liminar, determinando o bloqueio de contas bancárias e a indisponibilidade de bens, sob pena de frustrar o ressarcimento do aventado prejuízo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.07.505279-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Katia Silania Barroso da Silva - Agravado: MG Formulários Ltda. - Relator: DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DEFERIR PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 24 de março de 2009. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de f. 105-107, TJ, da pena do digno Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação cautelar movida por MG Formulários Ltda. em face de Kátia Silania Barroso da Silva e outros, deferiu a liminar, determinando o bloqueio de todas as contas bancárias em nome da primeira requerida, além da indisponibilidade de todos os seus bens móveis e imóveis, bem como a quebra do sigilo bancário e fiscal.

Irresignada, pretende a agravante a reforma do r. *decisum*, arguindo, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Estadual para o processamento e julgamento da lide, ao argumento de que, repousando a fundamentação fática da demanda em atos por ela praticados no decorrer da relação empregatícia, patente a competência da Justiça do Trabalho para apreciar questões desse jaez, nos termos do art. 114, I e IV, da Constituição Federal, com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

No mérito, pugna pelo provimento do recurso, sustentando, em suma, que, contrariamente ao que afirmou o ilustre Juiz singular, os documentos trazidos pela agravada não se prestam a comprovar que houve apro-

priação indevida de valores, pois que constituem meras fotocópias, sem qualquer autenticação que pudesse lhes conferir alguma veracidade, a teor do que dispõem o art. 364 e seguintes do Digesto Processual Civil.

Prossegue, sustentando que, malgrado a ausência de autenticação, analisando cada um dos documentos em apreço, pode-se concluir que nenhum dos valores neles estampados foi creditado em sua conta bancária, mas em conta diversa.

Ressalta que a cópia do auto de prisão em flagrante não constitui prova cabal de desvio de numerário, mormente por se tratar de peça administrativa, sem o indispensável crivo do contraditório.

Assevera que, diversamente do que fora alegado pela agravada, percebia remuneração muito superior àquela por ela declarada, de sorte a permitir a aquisição dos bens descritos na peça de ingresso.

Enfatiza que apenas dois dos veículos relacionados na exordial são de sua propriedade, sendo certo, ainda, que sob eles pesa o gravame da alienação fiduciária em garantia.

Conclui que, diante disso, não restaram atendidos os requisitos ensejadores da medida liminar.

Pleiteia, ao final, lhe sejam concedidos os benefícios da gratuidade judiciária.

Deferida a formação e o processamento do agravo, foi denegada a suspensividade vindicada (f. 129/131-TJ).

Contrarrazões, em evidente infirmação, batendo-se pelo desprovimento do recurso (f. 136/141-TJ).

Inicialmente, há que se analisar o pedido de assistência judiciária gratuita postulado pela agravante, pessoa física.

Como é de curial saber, a concessão da assistência judiciária gratuita independe de maiores formalidades, assente de há muito o entendimento de que pode ser pleiteada em qualquer fase do processo e grau de jurisdição.

Consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, quanto à pessoa física, basta a afirmação de sua pobreza, levada a efeito pela própria parte ou por seu procurador, com poderes específicos, não havendo necessidade de prova pré-constituída. É que tal afirmação goza de presunção *juris tantum* de veracidade, nos termos do art. 4º da Lei 1.060/50.

Nesse sentido, o colendo STJ já assentou:

> Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação da sua pobreza, até prova em contrário (*RSTJ* 7/414).

No caso, como se vê, tal declaração foi trazida aos autos (f. 124-TJ), pelo que defiro à autora/agravante os benefícios da gratuidade judiciária.

Presentes, portanto, os pressupostos que regem sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Preliminar de incompetência da Justiça Estadual.

Sustenta a agravante a incompetência absoluta da Justiça Estadual para o processamento e julgamento da lide, ao argumento de que, repousando a fundamentação fática da demanda em atos por ela praticados em decorrência de relação empregatícia, patente a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a matéria *sub judice*, nos termos do art. 114, I e IV, da Constituição Federal, com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004.

Concessa venia, não lhe dou razão.

É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que a definição da competência para julgamento da demanda está adstrita à natureza jurídica da lide, definida em função do pedido e da causa de pedir.

A causa de pedir, no caso, é a suposta prática de ato ilícito por parte da ex-empregada da empresa agravada, consubstanciado no desvio de valores, sendo que o pedido a ser deduzido na ação principal (cobrança) cinge-se à devolução do *quantum* indevidamente apropriado (f. 12-TJ).

Nesse contexto, a lide é de índole eminentemente civil, competente, portanto, a Justiça Comum.

Este o entendimento da jurisprudência do colendo STJ:

> Conflito negativo de competência. Justiça comum estadual. Justiça do Trabalho. Ação de cobrança. Ex-empregado. Valores indevidamente recebidos no curso da relação de emprego.
> 1 - No caso em tela, a causa de pedir é a suposta prática de ato ilícito por parte do ex-empregado da autora, consubstanciado no indevido recebimento de valores superiores ao seu vencimento, e o pedido é somente a devolução do *quantum* recebido a maior. Nesse contexto, a lide é de índole eminentemente civil, sendo competente para o julgamento a Justiça Comum. Precedentes.
> 2 - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Presidente Prudente - SP, o suscitado (CC 92232/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 28.05.08).

Não há, pois, que se falar em competência da Justiça do Trabalho, porquanto, na hipótese, a causa de pedir não guarda relação com o contrato de trabalho.

Com esse enfoque, rejeita-se a prefacial.

Mérito.

Mostram os autos que a agravada ajuizou ação cautelar, com pedido liminar, visando o bloqueio de saldos bancários da ora agravante, o sequestro e a indisponibilidade de seus bens, além da quebra de seu sigilo bancário, ao argumento de que esta, aproveitando-se do cargo e da confiança que lhe era depositada na empresa, acabou por desviar vultosas quantias, emitindo documentos frios de cobrança bancária, que geraram depósitos indevidos em suas contas bancárias e de seus parentes. O douto Juiz singular deferiu a pretensão.

Essa a decisão agravada.

Irresignada, pretende a agravante a reforma do r. *decisum*, arguindo, como já analisado, a incompetência absoluta da Justiça Estadual. No tocante às questões de fundo, sustenta, em suma, que, contrariamente do que entendeu o ilustre Juiz singular, os documentos trazidos pela agravada não se prestam a comprovar que houve apropriação indevida de valores, pois que constituem meras fotocópias, sem qualquer autenticação que pudesse lhes conferir alguma veracidade, *ex vi* dos arts. 364 e seguintes do Digesto Processual Civil; que, malgrado a ausência de autenticação, analisando cada um dos documentos em apreço, pode-se concluir que nenhum dos valores neles estampados foi creditado em sua conta bancária, mas em conta diversa; que a cópia do auto de prisão em flagrante não constitui prova cabal de desvio de numerário, por se tratar de peça administrativa, produzida sem o indispensável crivo do contraditório; que percebia remuneração muito superior à por ela declarada, de sorte a permitir a aquisição dos bens descritos na peça de ingresso; que apenas dois dos veículos relacionados na exordial são de sua propriedade, sendo certo, ainda, que sob eles paira o gravame da alienação fiduciária em garantia.

De princípio, cabe salientar que, em se tratando de recurso contra liminar deferida, em sede de ação cautelar, não se deve perquirir a respeito do direito objeto da ação principal a ser proposta, pois a demanda tem sua cognição restrita à necessidade, ou não, da tutela do bem jurídico pretendido, ao viso de evitar prejuízo resultante do lapso temporal até o julgamento da demanda principal.

Nesse sentido:

> Processual civil. Medida cautelar. Utilidade. Processo principal.
> 1. Não se presta a medida cautelar para a discussão do mérito do direito, que é o objeto da ação principal.
> 2. A finalidade da ação cautelar é assegurar a utilidade, a eficácia do processo de conhecimento, devendo haver os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para se viabilizar a procedência do pedido.
> 3. Apelação improvida (TRF 1ª Região - AC. 01088563 - MG - 2ª T.S. - Rel. Juiz convocado: Lindoval Marques de Brito - *DJU* de 22.04.02 - p. 54).

Extrai-se, portanto, que a discussão, neste recurso, deve-se ater tão somente à legalidade, ou não, do deferimento da medida liminar, aferindo se estão presentes os pressupostos necessários à sua admissibilidade: o sinal do bom direito (*fumus boni iuris*) e o perigo decorrente da demora, quanto ao julgamento do processo principal (*periculum in mora*).

Segundo o magistério do acatado Humberto Theodoro Júnior:

> I - Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável;
> II - A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni juris* (*Curso de direito processual civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 343).

Assevera, ainda, o insigne processualista que "não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão-somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal" (*op. cit.* - p. 345).

Na lição abalizada de Alexandre Freitas Câmara:

> Assim sendo, toda vez que houver fundado receio de que a efetividade de um processo venha a sofrer dano irreparável, ou de difícil reparação, em razão do tempo necessário para que possa ser entregue a tutela jurisdicional nele buscada, estará presente o requisito do *periculum in mora*, exigido para a concessão da tutela jurisdicional cautelar (*Lições de direito processual civil*. 4. ed. Lumen Juris, v. 3, p. 33).

Vicente Greco Filho, a sua vez, no que diz respeito ao *fumus boni juris*, assinala que:

> O *fumus boni juris* não é um prognóstico de resultado favorável no processo principal, nem uma antecipação do julgamento, mas simplesmente um juízo de plausibilidade, perspectiva essa que basta para justificar o asseguramento do direito (*Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 76).

No caso posto em julgamento, o *fumus boni iuris* se evidencia através da existência de veementes indícios da ocorrência da conduta ilícita descrita na inicial.

Nesse passo, as duplicatas mercantis, cujas fotocópias se encontram às f. 32/33-TJ e 55/58-TJ, infirmam a asserção da agravante, no sentido de inexistir prova a dar guarida ao pedido liminar, mesmo porque neles se encontram estampados, no campo "Agência/Código Cedente", dados da conta bancária de sua titularidade (0590/40628-6).

Ressalta-se que a falta de autenticação de tais documentos, ao contrário do que sustenta a agravante, não implica, necessariamente, na sua desconsideração como prova, sendo imprescindível que, além de contestar a ausência de autenticação, se demonstrasse a existência de distorções em seu conteúdo, de modo a ensejar dúvidas quanto à sua autenticidade, o que, *data venia*, não ocorreu.

Nesse sentido, aresto abaixo transcrito, oriundo do col. STJ, bem espelha a situação:

> Documento juntado por cópia inautenticada. Impugnação da parte. Irrelevância. Conteúdo não infirmado. Precedente. Recurso não conhecido.
> I - [...]
> II - A simples impugnação ao documento, por falta de autenticação, não leva à sua desconsideração se o seu conteúdo não é colocado em dúvida (REsp nº 101422/, j. em 24.03.97).

Destarte, não é de se exigir, com rigor, a autenticação dos documentos trazidos pelas partes, tratando-se de mera irregularidade, principalmente se não foram apontados especificamente vícios de que padeceriam.

De mais a mais, a despeito de a agravada, quando de sua prisão em flagrante, ter se mantido silente, no uso da prerrogativa constitucional de permanecer calada, verifica-se do Boletim de Ocorrência (f. 65) que goza de presunção *juris tantum* de veracidade, que ela relatou aos policiais militares que "realmente realizou alguns desvios de dinheiro da empresa", sendo o fato corroborado, ainda, pela informação do condutor Romney Patrício Ribeiro Durvgal, agente da polícia civil, de que "presenciou quando a Sr.ª Kátia alegou que 'eu fiz coisa errada, e eu estou arrependida [...]".

Constata-se, ainda, que os depoimentos prestados pelos colegas de trabalho da agravante, no inquérito policial instaurado, sinalizam fortemente que esta praticou, em tese, as condutas ilícitas a ela imputadas na peça de ingresso.

Por conseguinte, diante da existência de veementes indícios de que a agravante teria se apropriado, de forma indevida, de valores pertencentes à agravada, patente a presença do *fumus boni iuris*.

Quanto ao *periculum in mora*, mostra-se evidente o perigo da demora do provimento jurisdicional, considerando que, provavelmente, a agravada teria sérias dificuldades em reaver os valores apropriados, notadamente por se tratar de vultosa quantia, acrescendo, ainda, que a própria agravante informou não ter bens imóveis e que os seus veículos foram alienados fiduciariamente em garantia.

Tem-se, assim, indene de dúvida, que a não concessão da medida, antecipadamente, poderia levar à frustração de eventual execução do provimento final da ação.

Nesse contexto, não vejo motivos que possam autorizar a reforma da r. decisão hostilizada, ante a presença do sinal do bom direito e do *periculum in mora*, requisitos indispensáveis à concessão da medida liminar, em procedimento cautelar.

Com essas razões de decidir, defere-se o pedido de gratuidade judiciária, rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao agravo, mantendo-se incólume a r. decisão fustigada, por seus e por estes fundamentos.

Custas recursais, pela agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTÔNIO BRAGA e GENEROSO FILHO.

Súmula - DEFERIRAM PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação anulatória - ICMS - Importação indireta - Não ocorrência

Ementa: Tributário. Ação anulatória. ICMS. Importação indireta. Inocorrência. Procedência.

- Não se configurando a importação indireta na espécie, impõe-se acolher pretensão anulatória, desconstituindo-se os autos de infração lavrados.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.04.536429-6/001 em conexão com Apelação Cível / Reexame Necessário nº 1.0024.05.629353-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara de Feitos Tributários - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Ical - Indústria de Calcinação Ltda. - Relator: DES. MANUEL SARAMAGO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 5 de fevereiro de 2009. - *Manuel Saramago* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MANUEL SARAMAGO - Conheço da remessa oficial, bem como dos recursos voluntários, aos seus respectivos pressupostos.

De início, registre-se que, decididas simultaneamente a cautelar e a principal, através de sentença única, ambos os recursos serão aqui igualmente decididos.

O digno Magistrado, entendendo não ter ocorrido importação indireta *in casu*, acolheu a pretensão posta, desconstituindo-se os autos de infração indicados.

Dessa decisão, recorreu o Estado de Minas Gerais:

- na ação anulatória, entendendo configurada, sim, a importação indireta na espécie, tendo sido as mercadorias importadas com prévia destinação para o estabelecimento da empresa localizado neste Estado, cabendo a este o imposto decorrente da operação, tudo nos termos do art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição da República, do art. 11, I, *d*, da Lei Complementar nº 87/96 e do art. 33, § 1º, I, *i*, *i*.1, *i*.1.3 da Lei Estadual nº 6.763/75.

- na cautelar, pugnando pelo afastamento dos honorários fixados, já que não teria havido resistência.

Do reexame necessário.

Temos, reiteradamente, enfrentado a matéria posta.

O presente caso, porém, guarda suas nuanças.

Em janeiro de 2003, Ical - Indústria de Calcinação Ltda., situada neste Estado, e FFE Minerals Brasil Ltda., no de São Paulo, celebraram "contrato de partes e equipamentos", tendo por objeto fornecimento por esta de um sistema de calcinação de cal àquela, nele incluídos serviços, treinamento e tecnologia.

Em março e abril de 2004, o Fisco estadual lavrou dois autos de infração, fundado em que, ocorrida a importação de mercadorias por FFE Minerals/SP com o prévio objetivo de destiná-las à Ical - Indústria de Calcinação Ltda., tudo, portanto, configurando importação indireta, autorizadora da incidência do ICMS.

Data venia, sem razão.

Ora, as mercadorias foram importadas pela FFE Minerals Brasil Ltda., estabelecida em Sorocaba/SP.

Ainda, o desembaraço aduaneiro ocorreu em Santos/SP.

Toda documentação juntada disso dá conta.

Mais, a operação levou em consideração o contrato existente entre tais pessoas jurídicas.

Em verdade, não houve aqui a chamada "triangulação fraudulenta".

Repita-se, a importação ocorreu, sim, pela própria contratada, FFE Minerals Brasil Ltda., sendo das mercadorias a destinatária, para que compusessem elas o produto-sistema que vendeu à contratante, Ical - Indústria de Calcinação Ltda., para fins de montagem e funcionamento.

Ora, a apelada contratou um sistema, não os componentes importados, que, pois, integravam aquele, não tendo, ao que consta, serventia fora dele.

Aliás, a contratada obrigou-se pela garantia de *performance* do produto.

Tratou-se, pois, em razão das circunstâncias da contração, de operação de fornecimento.

Do enfrentamento da questão na esfera administrativa, do posicionamento vencido, extraia-se:

> Há de se analisar, caso a caso, tendo em vista a correta interpretação dos dispositivos legais e os fatos concretamente ocorridos, para que se possa caracterizar ou não determinada operação como importação indireta.
> [...]
> A entrega do referido sistema, implantado e em pleno funcionamento, é de inteira responsabilidade da contratada, FFE Minerals Brasil Ltda.
> [...]
> Fácil inferir que a eleição das fabricantes das diversas partes componentes foi tarefa criteriosa a cargo tão-só da FFE Minerals Brasil Ltda, a quem estes se destinavam, para cumprimento do contrato. Não assumiria o risco de facultar à Ical a importação de parte essencial do forno, cuja tecnologia mais avançada pertence à sua matriz americana.
> Embora irrelevante para a contratante dos componentes - mas importante sua perfeita adequação ao sistema contratado -, consta do acordo firmado que aproximadamente 90% do sistema de calcinação deveria ser composto por equipamentos produzidos no Brasil, o restante (equivalente a 10%) seria importado, por não existir, no país, tecnologia própria, sendo fornecedora a empresa co-irmã americana, FFE Minerals USA inc.
> [...]
> Devido ao porte dos equipamentos exigir montagem mecânica no local da obra, as partes foram enviadas diretamente para o parque industrial da Autuada, em Pains/MG.
> Ressalta-se, neste momento, que o transporte de um bem/mercadoria importado do local do desembaraço aduaneiro diretamente para o canteiro de obras, por si só, não tem o condão de alterar a natureza da operação realizada ou os efeitos desta.
> [...]
> Como já se disse anteriormente, a empresa mineira não adquiriu 'anéis' oriundos dos EUA, mas um sistema completo de calcinação de cal, com cláusula de entrega deste devidamente instalado em seu parque industrial, em Pains/MG, por empresa paulista, FFE Minerals Brasil Ltda.

Aliás, na mesma linha de raciocínio, colhendo-se da decisão *a quo*, no que interessa:

> [...] é de se atentar para os termos do contrato firmado entre a autora e a empresa FFE Minerals Brasil Ltda. (f. 53), em especial no custo total da obra, de R$18.000.000,00 (dezoito milhões de reais) [...] o custo dos equipamentos importados equivale a pouco menos de 10% do valor contratado para a realização da obra [...] inexistência da alegada e suposta fraude na importação dos equipamentos. Some-se, ainda, a grandiosidade do maquinário - na casa das toneladas - a servir como justificativa para sua remessa, após o desembaraço aduaneiro, diretamente às dependências da autora, antes mesmo - e sem necessidade - de dar entrada no estabelecimento da empresa importadora [...] a importação se deu pelo Estado de São Paulo, e não por outros estados da federação [...] no caso em comento, não restou demonstrado, em nenhum momento, a ocorrência de fraude ou simulação por parte da autora a caracterizar a nefasta 'importação indireta'.

A articulação merecia mesmo acolhimento.

À evidência, portanto, não havendo falar em ofensa ao art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição da República, ao art. 11, I, *d*, da Lei Complementar 87/96 e, mais, ao art. 33, § 1º, I, *i*, *i*.1, *i*.1.3 da Lei Estadual nº 6.763/75.

O próprio Estado de Minas Gerais sequer se importou com a produção de sua defesa em ambas as ações.

Em razão da sucumbência, os honorários advocatícios são devidos, foram de resto arbitrados em *quantum* adequado, com observância do art. 20, § 4º, do CPC.

Ao exposto, no reexame necessário, confirmo a sentença. Dou por prejudicados os recursos voluntários.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA e ALBERGARIA COSTA.

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

...

Embargos à execução - Título executivo - Liquidez - Ausência - Art. 586 do Código de Processo Civil - Inviabilidade da execução

Ementa: Embargos à execução. Ausência de liquidez do título executivo comprovada. Art. 586 do CPC. Sentença mantida. Recurso desprovido.

- Conforme Humberto Theodoro Junior: 'A liquidez consiste no *plus* que se acrescenta à certeza da obrigação. Por ela demonstra-se que não somente se sabe que se deve, mas também quanto se deve ou o que se deve'.

- A não demonstração das bases ou origens dos valores constantes na memória de cálculo que instrui a inicial da ação executória impossibilita a apuração do *quantum debeatur*, traduzindo a iliquidez do título e, consequentemente, a inviabilidade da execução.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.803552-8/004 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Banco Bradesco S.A. - Apelados: Miguel Augusto Gonçalves de Souza e outra - Relator: DES. NICOLAU MASSELLI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de março de 2009. - *Nicolau Masselli* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelos apelados, o Dr. José Anchieta da Silva.

DES. NICOLAU MASSELLI - Verificados os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de embargos à execução opostos por Miguel Augusto Gonçalves de Souza e Maria Eunice Cançado Gonçalves de Souza em face do Banco Bradesco S.A., objetivando impugnar a execução promovida pelo embargado com base em uma "escritura pública de repasse de recursos captados no exterior, com obrigação, outorga de garantias e outros pactos" e seus respectivos aditivos.

Sobreveio a sentença de f. 240/245, na qual o ilustre Juiz julgou procedente o pedido formulado na exordial, para declarar a inexistência de título executivo e extinguir o processo de execução, sob o fundamento de que a certeza da existência do crédito não se fez acompanhar da necessária liquidez, comprometendo, dessa forma, a sua exigibilidade.

Inconformado, apela o embargado, pleiteando a reforma da sentença e, consequentemente, o retorno dos autos ao Juízo *a quo*, para análise do mérito, ao argumento de que o fato de o valor por ele trazido na peça inicial da execução apresentar-se diverso daquele apurado pelo perito judicial, por si só, não é capaz de atribuir ao título executivo à alegada iliquidez.

Pelo princípio da eventualidade, requer a reabertura da fase instrutória, com a intimação do perito para que lhe informe quais documentos indispensáveis ao completo cumprimento de seu múnus.

Recurso contra-arrazoado às f. 260/266.

Ante tais considerações, passo a analisar as razões recursais.

Em 15.12.94, o apelante, através do instrumento denominado "Escritura Pública de Repasse de Recursos Captados no Exterior com Obrigações, Outorgas de Garantias e outros Pactos", repassou à empresa Cia. Industrial Itaunense a quantia de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), figurando o apelado Miguel Augusto Gonçalves de Souza como avalista do referido ajuste.

Posteriormente, foram realizadas sucessivas renovações do instrumento inicialmente pactuado, modificando as cláusulas relativas ao saldo devedor, a forma de amortização, a incidência de encargos e as condições de pagamentos.

Entretanto, com base nos aludidos pactos e diante do inadimplemento da empresa devedora, o apelante propôs a ação executiva em apenso (Processo nº 024.00.071060-8), objetivando o recebimento da importância de R$ 3.016.796,64 (três milhões dezesseis mil e setecentos e noventa e seis reais e sessenta e quatro centavos).

Opostos embargos à execução, entendeu o ilustre Magistrado pela extinção do processo executivo, uma vez que o título exequendo não é liquido.

Pois bem, segundo a norma do art. 586 do CPC, a ação executória fundar-se-á sempre em um título executivo que deverá, necessariamente, conjugar os atributos da certeza, da exigibilidade e da liquidez, requisitos estes que dizem respeito à natureza e ao montante do direito subjetivo atestado naquele e sem os quais a execução não poderia prosseguir.

In casu, assim como consignado no Juízo *a quo*, verifico que, realmente, o título exequendo não preenche o requisito da liquidez estabelecido em lei, não sendo, portanto, instrumento hábil à promoção de ação executiva. Isso porque, conforme se depreende do laudo pericial de f. 126/198, o *expert*, em diversos momentos, afirma categoricamente que não restou comprovada a origem dos valores apresentados pelo apelante na exordial da execução, a título de principal, prejudicando a apuração da evolução do saldo devedor.

A demonstrar tal assertiva, transcrevo abaixo alguns trechos do laudo elaborado pelo perito:

> Cumpre esclarecer que os valores apresentados como devidos às f. 11/13 dos autos da execução, trazidos na coluna 'Principal', não foram acompanhados de suas bases originais, não correspondendo aos valores das prestações mais os juros nas datas dos vencimentos, convertidos para a moeda nacional ao câmbio do dia definido na Escritura, apresentando valores ora superiores ora inferiores, prejudicando em parte a análise de sua composição e, consequentemente, o esclarecimento ao quesito (f. 136).
>
> Considera-se em parte prejudicado o esclarecimento a esse quesito, tendo em vista a solicitação de adoção dos mesmos critérios e índices adotados pelo Banco/embargado nos cálculos apresentados junto à inicial da execução, observando a falta de demonstração das bases ou origens dos valores constantes da coluna 'principal' da planilha de f. 11 (f. 148).

Além do mais, o perito, mesmo ao levar em consideração a evolução do saldo devedor apresentada pelo apelante, constatou a ocorrência de divergências entre os valores apresentados nos autos da execução e aqueles apresentados para a perícia.

Logo, denota-se que não restou demonstrada nos autos a determinabilidade do *quantum debeatur*, isto é, a liquidez do título executivo em questão, razão pela qual deve ser mantida a sentença recorrida.

Quanto a tais requisitos, Humberto Theodoro Júnior (*Processo de execução*, 18. ed., Editora Leud, p. 136-137), ao reportar sobre a doutrina de Calamandrei, expõe o seguinte:

> [...] pode-se afirmar que ocorre a certeza do crédito, quando 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.
>
> A certeza refere-se ao Órgão Judicial, e não às partes, decorre, normalmente, da perfeição formal do título e da ausência de reserva legal à sua plena eficácia.
>
> A liquidez consiste no *plus* que se acrescenta à certeza da obrigação. Por ela demonstra-se que não somente se sabe que 'se deve', mas também 'quanto se deve' ou 'o que se deve'.
>
> [...]
>
> O título extrajudicial, para autorizar a execução, haverá sempre de representar uma obrigação precisa quanto ao seu objeto (liquidez). Se isto não ocorrer, o credor, embora aparentemente munido de um título executivo, terá primeiro que lançar mão do processo de cognição, para obter a condenação do devedor. É o que ocorre, por exemplo, com cambiais vinculadas a certos contratos de conteúdo variável e eficácia condicional.

Por outro lado, quanto ao pedido de reabertura da fase instrutória, tenho que razão não assiste ao apelante, uma vez que já lhe foi dada a oportunidade de apresentar os documentos indispensáveis para o exame da evolução do saldo devedor, mas que, contudo, no momento propício, não foram por ele fornecidos.

Em conclusão e à vista do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

É como voto.

DES. ALBERTO HENRIQUE - Após sustentação oral do ilustre professor, assim como memorial que recebi, acompanho o Relator.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Como bem esclarecido em plenário, a lei é que nos dá mostras e demonstra de forma inequívoca as características e peculiaridades do título de crédito, a saber: liquidez, certeza e exigibilidade, o que não restou demonstrado nos autos do processo executivo. Por outro lado, a própria reabertura da fase instrutória não tem sentido, ferindo nesta fase processual os mais comezinhos preceitos de direito. Com essas modestas considerações, acompanho o conceituado colega Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Responsabilidade civil do Estado - Indenização - Dano moral - Negócio jurídico - Procuração pública falsa lavrada em cartório extrajudicial - Procedência do pedido

Ementa: Responsabilidade civil do Estado. Ação de indenização. Danos materiais e morais. Negócio jurídico embasado em procuração pública falsa, lavrada por cartório extrajudicial. Pedido julgado procedente. Recurso não provido.

- O Estado deve ser responsabilizado pelos danos que os serventuários de cartórios extrajudiciais causarem a terceiros, aplicando-se a regra do art. 37, § 6°, da CF.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.06.992565-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Vanuza Brito Vieira - Relator: DES. SILAS VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO REEXAME NECESSÁRIO. REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de março de 2009. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SILAS VIEIRA - Cuida-se de apelação interposta em ataque à r. sentença de f. 92/97, proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Vanuza Brito Vieira em face do Estado de Minas Gerais, por via da qual a MM. Juíza de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da comarca desta Capital julgou parcialmente procedente o pedido vertido na exordial, a fim de

> condenar o requerido a indenizar a autora na quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais e R$ 14.105,78 (catorze mil cento e cinco reais e setenta e oito centavos) a título de danos materiais, tudo corrigido monetariamente a partir do ajuizamento da ação e com incidência de juros de um por cento ao mês a partir da citação.

No mesmo ato, a Magistrada condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios no montante de 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

Ao final, foi determinada a remessa dos autos a este Sodalício para os fins do art. 475, I, do CPC.

Às f. 98/110, o Estado de Minas Gerais apresentou as suas razões recursais.

Aduz, preliminarmente, prescrição.

Em seara meritória, sustenta que

> a autora [...] decaiu do seu suposto direito de regresso contra o Estado, em vista de não haver procedido à denunciação da lide do mesmo, em conformidade com a disposição expressa do art. 70 do CPC, que determina que a denunciação da lide é obrigatória, sob pena da perda do direito.

Bate-se na inexistência de responsabilidade estatal pelos danos causados à requerente.

Ad argumentadum, afirma que "o *quantum* reparatório arbitrado pelo suposto dano moral suportado pelo demandante encontra-se exageradamente mensurado nos R$5.000,00 (cinco mil reais) [...]".

Verbera que os juros de mora são devidos no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês.

Pugna, ainda, pela redução do montante da verba honorária.

Contrarrazões às f. 112/116.

É o relatório.

De início, faço registrar o não conhecimento da remessa oficial, porquanto o valor da condenação é inferior a 60 (sessenta) salários-mínimos, atraindo, portanto, a aplicação do art. 475, § 2º, do CPC.

Lado outro, conheço do apelo, visto que presentes os requisitos para a sua admissibilidade.

Havendo preliminar, analiso-a.

O recorrente insiste na ocorrência da prescrição, sob o fundamento de que a decisão que anulou a compra e venda transitou em julgado para a autora no dia 25.02.01, iniciando-se naquele momento o prazo para o ajuizamento da ação de indenização.

Contudo, como bem observou a Magistrada,

> embora a autora não tenha recorrido da sentença que anulou a escritura pública, houve recurso por parte da Oficiala do Cartório, tendo a sentença transitado em julgado em 10.02.03 (f. 93/94).

Diante desse contexto, proposta a presente ação em 05.09.06, não há que falar em prescrição.

Rejeito, pois, a prefacial.

Passo ao exame do mérito.

Revelam os autos que Vanuza Brito Vieira ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais em face do Estado de Minas Gerais (petição inicial - f. 02/05).

> Alega a autora que adquiriu o imóvel descrito na inicial por intermédio de Nelson Domingos Giroldo, possuidor de procuração pública lavrada pelo Cartório do 1º Ofício de Notas de Carmo de Minas, com poderes outorgados por Moacir Antônio Figueiredo e Margarida Lourenço Figueiredo, supostos proprietários do bem. Que pagou pelo imóvel a importância de R$13.829,20 (treze mil oitocentos e vinte e nove reais e vinte centavos), bem como as despesas cartorárias no valor de R$ 276,58 (duzentos e setenta e seis reais e cinquenta e oito centavos). Que a Oficiala do Cartório não conhecia os outorgantes nem mesmo o outorgado e, sem maiores formalidades, lavrou o ato. Que o negócio jurídico se consumou com a respectiva lavratura da escritura pública incorrendo a autora em fraude, pois os verdadeiros proprietários do imóvel interpuseram ação anulatória de escritura pública tendo denunciado à lide a Oficiala do cartório acima mencionado. Que a ação anulatória foi julgada procedente e o respectivo reformou parcialmente a sentença tão somente para isentar a Oficiala de quaisquer responsabilidades. Que ajuizou ação em desfavor do cartório, sem lograr êxito, motivo pelo qual ajuíza a presente ação em face do Estado de Minas Gerais. Pugna pela indenização a título de danos morais no valor de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), bem como R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) a título de danos materiais (excerto da sentença - f. 92/93).

O pedido foi julgado parcialmente procedente na instância de origem.

Pois bem.

A controvérsia reside, portanto, na responsabilidade estatal pelo pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Com efeito, considerando que o serviço cartorário é atividade delegada do Poder Público (art. 236, CF) e levando em conta que os cartórios não possuem personalidade jurídica, o Estado poderá ser responsabilizado,

objetivamente, pelos danos que os serventuários de cartórios extrajudiciais causarem a terceiros, aplicando-se a regra do art. 37, § 6º, da CF.

Nesse norte o escólio de Rui Stoco, em sua obra *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 3. ed., RT, 1997, p. 403/404:

> A atividade de registro tem natureza pública e traduz prerrogativa do Estado, dispondo o art. 22, XXV, da Carta Magna competir privativamente à União legislar sobre registros públicos. Por isso é que o seu art. 236 deixou claro que 'os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público'.

Sobre o tema, o il. Des. Carreira Machado, no julgamento da Ap. nº 1.0000.00.301361-2/000, concluiu que:

> o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos notários que causem danos a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (CF, art. 37, § 6º).

O exame do dispositivo supramencionado, conforme Hely Lopes Meirelles,

> Revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados (in *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 558).

Citemos, ainda, sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano (in *Curso de direito administrativo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 617).

Assim, a responsabilidade objetiva, inserida no art. 37, § 6º, da Constituição da República, possibilita a reparação, bastando que a vítima demonstre o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela parte.

Compulsando os autos, convenci-me da responsabilidade estatal pelos prejuízos experimentados pela requerente.

É que, em razão de escritura pública falsa lavrada pela Oficiala do 1º Ofício de Notas de Carmo de Minas, a autora celebrou contrato de compra e venda a *non domino*, sendo compelida, tempos depois, a devolver o imóvel objeto da avença aos verdadeiros proprietários.

Assim, estando demonstrada nos autos a ilicitude do ato estatal, deverá a apelada ser responsabilizada pelos danos materiais e morais causados.

Os prejuízos de ordem material correspondem aos valores despendidos pela requerente para a compra do imóvel, como bem decidiu a Sentenciante.

Quanto aos danos morais, insta esclarecer que o *quantum* indenizatório deve ser arbitrado com prudência e moderação, impondo ao ofensor uma penalidade didática, desestimulando a reincidência na prática do ato lesivo. Deve, ainda, ser passível de compensar o sofrimento experimentado pela vítima, sem, contudo, propiciar-lhe o enriquecimento ilícito.

Nesse particular, a jurisprudência é uniforme no sentido de não conceder, a título de danos morais, quantia exorbitante a ponto de favorecer um enriquecimento sem causa, porquanto a indenização visa prevenir novas condutas lesivas, assim como reprimir aquelas já causadas, sem a pretensão de se mensurar aquilo que não se pode avaliar, qual seja a moral daquele que é lesado.

Dessarte, sopesando todo o acervo probatório, hei por bem manter a quantia fixada a título de danos morais - R$ 5.000,00 (cinco mil reais) -, que se revela consentânea para atender à gravidade do dano, atingindo, portanto, sua finalidade pedagógico-punitiva.

No que tange à perda do direito de regresso por ausência de denunciação da lide (leia-se ação anulatória) ao Estado, sem razão o recorrente, porquanto doutrina e jurisprudência são uníssonas ao admitir como obrigatória a denunciação apenas na hipótese descrita no art. 70, I, do CPC, o que não é o caso dos autos.

O percentual dos juros moratórios aplicável à espécie é mesmo 1,0% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil c/c art. 161, § 1º, do CTN.

De resto, não vejo como reduzir os honorários advocatícios, sob pena de fixá-los em valor irrisório, aviltante, o que não se admite, haja vista a essencial e nobre função desempenhada pelos advogados. Nesse diapasão:

> Agravo regimental. Desnecessidade da juntada do acórdão proferido em embargos infringentes. Ausência de interesse recursal. Reconsideração da decisão agravada. Honorários advocatícios. Valor irrisório. Reforma do acórdão recorrido.
> 1. (*omissis*)
> 2. Impõe-se a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de origem quando o exame deste evidencia manifesta desproporção entre o trabalho e esforço desempenhado pelos advogados da causa e o valor fixado a título de honorários advocatícios, capaz inclusive de qualificá-los como aviltantes ao desempenho de tão nobre atividade profissional.
> 3. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial (STJ - AgRg no Ag 487111/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 28.06.04).

Isso posto, não conheço do reexame necessário. Rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas recursais, *ex lege*.
É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MANUEL SARAMAGO e DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO REEXAME NECESSÁRIO. REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Ação reivindicatória - Prejudicialidade - Suspensão do processo - Conexão - Configuração - Sentença desconstituída

Ementa: Ação reivindicatória. Pendência de ação anulatória de registro. Prejudicialidade externa configurada. Suspensão do processo. Conexão.

- De conformidade com o art. 265, inciso IV, alínea a, do CPC, quando a sentença de mérito depender de julgamento de outra causa, o processo deverá ser suspenso.

- A prejudicialidade externa só ocorre quando o processo a ser suspenso é posterior à ação que o prejudica, ou seja, a prejudicial deve ser anterior ao processo prejudicado.

- Existindo risco de decisões contraditórias a respeito de ações que envolvem as mesmas partes e derivam de um mesmo fato jurídico, ou seja, versam sobre um mesmo imóvel, configura-se a situação processual da conexão prevista nos arts. 103 e 105 do Código de Processo Civil.

Preliminar instalada de ofício.

Sentença cassada.

Recurso adesivo prejudicado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0283.06.006286-8/001 - Comarca de Guaranésia - Apelante: NR Industrial e Comercial Ltda. - Apelante adesiva: SIAC do Brasil Ltda. - Apelados: NR Industrial e Comercial Ltda., SIAC do Brasil Ltda. - Relatora: DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER A PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO PELA RELATORA E CASSAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO.

Belo Horizonte, 12 de março de 2009. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela apelante adesiva, o Dr. Fernando Lobo.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de ação reivindicatória proposta pela apelante principal, ao argumento de ser proprietária de área que foi irregularmente ocupada pela apelante adesiva.

A apelante principal informou que, por ocasião da negociação havida entre as partes, o seu terreno foi desmembrado em duas áreas, quais sejam: área G e área H.

Observou que a área G foi transferida para a apelante adesiva, permanecendo a área H na sua posse e propriedade.

Salientou que, por um equívoco do cartório, consta na escritura de propriedade do imóvel o nome da apelante adesiva como sendo a proprietária de todo o terreno.

Enfatizou que a apelante adesiva moveu ação de anulação de registro imobiliário, que se encontra pendente de julgamento.

A r. decisão recorrida, f. 514/518, extinguiu a ação sem julgamento de mérito por ilegitimidade ativa da apelante principal, condenando-a ao pagamento de custas e honorários advocatícios da sucumbência, fixados em R$1.500,00.

A apelante principal pretende a reforma da decisão de 1º grau, informando que o imóvel não está registrado em seu nome por equívoco do cartório, que foi reconhecido pelo tabelião.

Reiterou os argumentos expendidos na inicial.

A apelante adesiva pretende a modificação da r. decisão recorrida para majorar o valor fixado a título de honorários advocatícios da sucumbência.

A r. decisão recorrida, f. 514/518, foi publicada em 24 de abril de 2008, vindo o recurso principal em 9 de maio, acompanhado de preparo. A apelante adesiva foi intimada para contra-arrazoar em 6 de junho de 2008, vindo seu recurso em 25 de junho, acompanhado de preparo.

Estão presentes, portanto, os requisitos para conhecimento dos recursos.

I - Recurso principal.

De conformidade com o art. 265, inciso IV, alínea a, do CPC, quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, o processo deverá ser suspenso.

Ora, tal dispositivo trata da prejudicialidade externa, que ocorre quando o processo a ser suspenso é posterior à ação que o prejudica.

Theotônio Negrão, em sua obra *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*, 38. ed., Editora Saraiva, à p. 360, anota:

> A chamada 'prejudicialidade externa', prevista na letra a, IV, do art. 265 do CPC, condicionante da decisão de mérito, há de referir-se a processo em curso quando surge o processo que deverá ser suspenso. Assim sendo, se posterior à ação das partes, é impertinente a questão prejudicial de mérito, não existindo fundamento para a suspensão (*JTJ* 238/229).

Verifica-se que a apelante adesiva ajuizou ação de anulação de registro em 11 de maio de 2006, versando a demanda exatamente sobre o suposto equívoco no qual o oficial do cartório incorreu quando da lavratura da escritura do negócio realizado entre as partes.

Posteriormente, em 12 de dezembro do mesmo ano, a apelante principal ajuizou a presente demanda, que tem por objeto o mesmo imóvel que se encontra em litígio naquela ação.

Sendo assim, conclui-se que a presente demanda, por ser posterior, deve aguardar o julgamento da ação de anulação de registro, porquanto, diante da solução definitiva desta última, ficará esclarecida a questão pertinente à propriedade do imóvel em litígio, que é fundamental para a solução deste processo.

Saliente-se que a extinção da presente demanda por ilegitimidade ativa na presente fase processual não prima pela aplicação do princípio da economia processual, porquanto a própria propriedade do imóvel é questão duvidosa e pendente de provas.

Observa-se, ademais, que, existindo risco de decisões contraditórias a respeito de ações que envolvem as mesmas partes e derivam de um mesmo fato jurídico, ou seja, versam sobre um mesmo imóvel, configura-se a situação processual da conexão prevista nos arts. 103 e 105 do Código de Processo Civil, devendo esta ser realizada assim que os autos retornem à vara de origem.

Logo, instalo de ofício a preliminar de prejudicialidade externa, cassando a r. decisão recorrida, suspendendo o trâmite do presente processo e determinando o retorno dos autos à vara de origem para que, apensados aos autos da outra demanda, aguardem o seu julgamento.

II - Recurso adesivo.

Diante dos fundamentos acima expostos, resta prejudicada a análise do recurso adesivo.

Diante do exposto, instalo de ofício a preliminar de prejudicialidade externa, determinando a cassação da sentença, a suspensão da presente demanda até que seja solucionada a ação de anulação de registro e o retorno dos autos à vara de origem, devendo estes ser apensados aos autos da ação nº 0283.06.004695-2.

Julgo prejudicado o recurso adesivo.

Custas recursais, ao final.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - De acordo.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO PELA RELATORA E CASSARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO.

. . .

Indenização - Transporte coletivo - Responsabilidade objetiva - Caracterização - Acidente com passageiro - Culpa exclusiva da vítima - Não demonstração - Dano moral - Dano material - Fixação do *quantum* - Voto vencido

Ementa: Ação de indenização. Transporte coletivo. Responsabilidade objetiva caracterizada. Acidente com passageiro. Culpa exclusiva da vítima. Inocorrência. Sentença reformada. Pedidos julgados parcialmente procedentes. Voto vencido.

- As empresas concessionárias de serviços públicos de transportes respondem objetivamente pelos danos que causarem aos seus passageiros, à inteligência da norma do art. 37, § 6º, da CR/88, pois têm a obrigação de levá-los incólumes até o seu destino, só se eximindo da responsabilidade mediante prova da existência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

- Não demonstrada a alegada culpa exclusiva da vítima e presentes o dano e o nexo de causalidade, impõe-se o dever de indenizar.

Recurso parcialmente provido.

- V.v.p.: - Fica ao arbítrio do magistrado a fixação do *pretium doloris*, devendo, contudo, serem observados parâmetros razoáveis para que seja atendido tanto o caráter punitivo da empresa que deu causa, bem como o sofrimento psíquico e moral suportados pela vítima (Des.ª Electra Benevides, Revisora vencida parcialmente).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0610.04.008244-4/001 - Comarca de São Domingos do Prata - Apelante: Raimunda Nonata Alexandrina - Apeladas: Transprata Ltda., HDI Seguros S.A. - Relator: DES. MARCOS LINCOLN

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDA, EM PARTE, A REVISORA.

Belo Horizonte, 20 de janeiro de 2009. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - Raimunda Nonata Alexandrina ajuizou ação de reparação de danos em face da Transprata Ltda., objetivando o recebimento de indenização pelos danos materiais e morais que alega ter suportado em razão de ter acidentado-se quando da utilização do transporte coletivo prestado pela empresa ré.

Regularmente citada, a requerida apresentou contestação, denunciando à lide a HDI Seguros S.A., que, por sua vez, aceitou a denunciação, ressaltando, contudo, que sua obrigação se limita aos valores estipulados na apólice para os danos materiais e corporais, excluindo-se os morais, ante a ausência de cobertura.

A r. sentença recorrida julgou improcedente o pedido inicial, ao argumento, em síntese, de que a autora não se desincumbiu do ônus da prova que lhe competia, nos termos do art. 333, I, do CPC, na medida em que não demonstrou a culpa da suplicada pelo evento danoso, condenando-a no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes no valor de R$ 800,00.

Em sede de embargos de declaração, a MM. Juíza, sanando a omissão existente na sentença, julgou, também, improcedente a lide secundária, impondo à suplicante os ônus da sucumbência, arbitrando os honorários do patrono da denunciada no mesmo montante do fixado na ação principal.

Suspendeu, contudo, a exigibilidade de tais verbas, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50, por litigar a vencida sob o pálio da assistência judiciária (f. 241/248, 270/271 e 278/279).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação às f. 251/257, no qual esclarece, *a priori*, que adquiriu um bilhete de passagem da empresa de ônibus apelada com destino a João Monlevade, com a finalidade de levar o seu filho, portador de deficiência mental, para uma perícia médica junto ao INSS.

Explica, ato contínuo, que a viagem é realizada mediante "baldeação", ou seja, os passageiros embarcam na cidade de São José do Goiabal e, ao chegarem ao Distrito de Vargem Linda, trocam de veículo, prosseguindo até João Monlevade.

Acrescenta que, após descer do ônibus em Vargem Linda, sofreu uma queda e fraturou o tornozelo direito.

Depois de elucidados os fatos, a apelante afirma que a empresa de coletivos, ora apelada, na qualidade de concessionária de serviço público, responde objetivamente pelos danos causados aos passageiros, sem a necessidade de averiguação da culpa.

Ressalta, outrossim, que o contrato de transporte é de resultado, estando, assim, implícito o dever de zelar pela incolumidade do passageiro, o que alega não ter ocorrido na espécie dos autos.

Conclui, por essas razões, que, uma vez presentes o dano e o nexo causal, o dever de indenizar é medida que se impõe.

Requer o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença *a qua*.

Intimadas, apenas a apelada Transprata Ltda. apresentou contrarrazões (f. 263/268).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Assiste razão, à apelante, em sustentar a aplicabilidade, *in casu*, da responsabilidade objetiva.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 é cristalina ao dispor, no § 6º de seu art. 37, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, ou seja, independentemente de culpa, *in verbis*:

> Art. 37 [...]
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Destarte, dúvida não há de que a responsabilidade da apelada Transprata Ltda. é objetiva, por se tratar de concessionária de serviço público que atua no ramo de transportes.

E, por se consubstanciar o contrato de transporte em obrigação de resultado, o transportador tem o dever de zelar pela integridade física de seus passageiros, conduzindo-os sãos e salvos ao local de destino, só se eximindo de reparar os eventuais danos se provar a existência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

A propósito, nesse sentido é a lição de Sérgio Cavalieri Filho, na obra *Programa de responsabilidade civil*, 2. ed., Malheiros Editores:

> Sem dúvida, a característica mais importante do contrato de transporte é a cláusula de incolumidade que nele está implícita. A obrigação do transportador é de fim, de resultado, e não apenas de meio. Não se obriga ele a tomar as providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte; obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito. Tem o transportador o dever de zelar pela incolumidade do passageiro na extensão necessária a lhe evitar qualquer acontecimento funesto, como assinalou Vivante, citado por Aguiar Dias. O objeto da obrigação de custódia, prossegue o Mestre, é assegurar o credor contra os riscos contratuais, isto é, pôr a cargo do devedor a álea do contrato, salvo, na maioria dos casos, a força maior (José de Aguiar Dias, ob. cit., v. I/230).
> Em suma, entende-se por cláusula de incolumidade a obrigação que tem o transportador de conduzir o passageiro são e salvo ao lugar de destino (p. 212).

E prossegue:

> Os juristas vislumbraram no contrato de transporte a cláusula de incolumidade, que gera para o transportador a obrigação de levar o viajante são e salvo ao seu destino, de sorte que, uma vez descumprida essa obrigação, exsurge o dever de indenizar do transportador, independentemente de culpa.

Gaston Morin, em sua notável obra *La révolte du droit contre le code*, p. 62, fez precisa colocação da matéria:

> Antes o viajante, vítima de um acidente devia, para obter reparação, provar a culpa da companhia. Com o pressuposto de uma obrigação contratual de incolumidade, a vítima é dispensada daquela prova, na consideração de que o acidente que a atingiu constitui em si mesmo uma falta contratual geradora da responsabilidade civil do transportador, a não ser que demonstre que a inexecução do contrato provém de uma causa estranha a ele não imputável: caso fortuito, força maior, culpa da vítima (p. 213-214).

No caso em comento, vislumbra-se do exame detido do caderno processual, em especial da contestação (f. 49/61) e das contrarrazões (f. 263/268), que a empresa de coletivos invoca, a todo instante, a culpa exclusiva da vítima, como excludente de sua responsabilidade.

Sustenta, para tanto, que a ora apelante, ao descer do ônibus, em vez de utilizar-se da passarela que liga o acostamento à guarita, optou por saltar a canaleta ali existente, vindo a cair.

Contudo, não lhe assiste razão. Isso porque se verifica das fotos carreadas às f. 76/78 e 89 que o "ponto de ônibus", no qual foi realizado o desembarque, é desprovido de estrutura adequada, haja vista que se encontra localizado às margens da BR-262 e sobre uma canaleta/vala, cujo acesso se dá por intermédio de uma estreita passarela/ponte.

Dessa feita, competia ao responsável pela condução do coletivo, ante a inadequação do local e, sobretudo, por se tratar de passageira que necessitava, no momento, de uma atenção especial, porquanto, além da avançada idade - 75 anos -, à época dos fatos, encontrava-se na companhia de um deficiente mental, tomar as providências de forma a possibilitar que os dois pudessem descer do ônibus com a devida segurança, ou seja, sem risco à integridade física, o que, infelizmente, não ocorreu.

Restou comprovado pelo laudo pericial (f. 178/183) que a apelante, em virtude da queda, sofreu fratura dos maléolos da fíbula e da tíbia direitos, que constituem partes ósseas do tornozelo, bem como lesões do tarso por entorse traumática severa do pé direito, resultando, além da deformidade e das cicatrizes consequentes das incisões e da colocação de pinos fixadores, as diversas limitações de movimentos detalhadas à f. 182.

Diante do exposto, afastada a discussão em torno da responsabilidade aquiliana da empresa ré/apelada, não demonstrada a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima e presente o dano e o nexo de causalidade, o dever de indenizar é medida que se impõe.

Nesse sentido, temos que o pedido exordial consiste em: a) ressarcimento das despesas médicas, hospitalares, farmacêuticas e com transporte, no montante de R$ 2.374,00; b) pagamento de um salário-mínimo mensal vitalício ou a importância de R$ 28.800,00, relativa às despesas havidas com a contratação de uma pessoa para realizar os serviços domésticos no período de convalescença; c) reembolso dos gastos futuros referentes à continuidade do tratamento até a sua completa recuperação ou um plano de saúde; d) indenização pelos danos morais, em quantia não inferior a 100 (cem) salários-mínimos.

Cumpre, agora, apreciar cada um dos pleitos.

Danos materiais.

a) Ressarcimentos de valores.

Conforme mencionado, a autora/apelante requer o pagamento do montante de R$ 31.174,00 (R$ 28.800,00 + R$ 2.374,00), relativamente às despesas despendidas em virtude do acidente.

Ocorre que os gastos que foram efetivamente comprovados no processado são aqueles representados pelos documentos de f. 21, 28/35 e 91, que, por sua vez, totalizam, tão somente, a quantia de R$ 1.852,32, com a qual a empresa de coletivos deve arcar, ante a ausência de prova do ressarcimento.

b) Reembolso das despesas futuras.

Restou demonstrado pela perícia oficial, em resposta ao quesito de nº 6 (f. 179), que a apelante necessitará ainda, em face da gravidade das fraturas, de tratamento.

Dessa forma, deverá, também, a empresa ré/apelada reembolsar à apelante os gastos referentes aos procedimentos médico-hospitalares, ambulatoriais, fisioterápicos e medicamentosos necessários, bem como transporte para os tratamentos realizados por força do acidente em questão, até a sua completa recuperação, atestada por médico/fisioterapeuta.

Reembolso esse que deverá ser feito mediante prestação de contas a ser efetuada a cada 3 (três) meses.

c) Pensão mensal.

Constata-se, outra vez mais, da perícia (quesito 2 - f. 182) que a autora/apelante, em face da queda, ficou incapacitada de exercer, com a destreza habitual, os serviços domésticos do dia a dia, uma vez que precisa, inclusive, recorrer à bengala para ficar de pé, bem como ao auxílio de outra pessoa para caminhar.

Assim, uma vez manifesta a diminuição de sua capacidade física, faz jus ao recebimento de pensão, na medida em que essa não depende do fato de a vítima exercer ou não atividade laborativa externa, visto que o desempenho das atividades caseiras, tais como limpar a casa, lavar roupas, cozinhar e cuidar dos filhos, tem valor inegável.

Nesse sentido, é, também, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça em julgado similar:

> Recurso especial. Omissão do acórdão recorrido. Inexistência. Responsabilidade civil. Atropelamento e morte por composição férrea. Vítima. Dona de casa. Indenização por dano material. Cabimento. Pensionamento aos filhos. Limite de idade. Culpa recíproca. Distribuição proporcional dos ônus sucumbenciais.
> I - [...].
> II - O fato de a vítima não exercer atividade remunerada não nos autoriza concluir que, por isso, não contribuía ela com a manutenção do lar, haja vista que os trabalhos domésticos prestados no dia a dia podem ser mensurados economicamente, gerando reflexos patrimoniais imediatos.
> III - [...].
> IV - [...].
> V - [...] (REsp 402.443/MG - Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Rel. p/ o acórdão Ministro Castro Filho - Terceira Turma - j. em 02.10.2003 - *DJ* de 1º.03.2004, p. 179).

De igual forma, o recebimento, pela apelante, de benefício previdenciário não impede a fixação da pensão em tela, visto que a verba paga pelo INSS e a decorrente da responsabilidade em tela têm natureza jurídica absolutamente distinta.

O valor da pensão mensal, em face das peculiaridades do caso e levando-se em consideração que a vítima possui outra fonte de renda e reside na zona rural - onde o custo de vida certamente é mais baixo -, será de 1/3 do salário-mínimo.

Pensão essa devida desde a data do acidente, a qual se estenderá até a convalescença da apelante.

Danos morais.

In casu, o dano moral consubstancia-se no próprio trauma sofrido e suas consequências (deformidades/ cicatrizes/limitações de movimentos), já que tais ocorrências, somadas ao fato de que ainda não houve a pronta recuperação, geram, sem dúvida alguma, tristeza, angústia e preocupação, afetando o estado psíquico da apelante, justificando o dever de indenizar por parte daquele que deu causa a esse abalo emocional.

A reparação do dano moral, como cediço, não encontra, até então, estimativa em critérios objetivos, prevalecendo, via de consequência, o prudente arbítrio do julgador, mas há de se levar em consideração as circunstâncias particulares de cada caso.

Dessa feita, é imprescindível que se faça um juízo de valoração da gravidade do dano, da culpa e da situação econômico-financeira das partes, de modo que não se fixe uma indenização exorbitante, nem insignificante, mas dentro de limites admissíveis, jamais podendo converter-se em fonte de enriquecimento sem causa.

Assim, atento às tais premissas, mostra-se justa e razoável, para os mencionados fins, a quantia de R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais).

Da lide secundária.

Reconhecida a responsabilidade civil da empresa de transporte e aceita a denunciação, resta, apenas, determinar o alcance da obrigação regressiva.

No que tange aos danos materiais, não existe dúvida da obrigação da seguradora de restituir à segurada, até os limites contratados, os valores desembolsados em face da decisão judicial, *in verbis*:

> Esta cobertura garante ao segurado, até o valor do limite máximo da indenização contratado, independentemente de culpa, o reembolso da indenização a que, pelas leis civis, venha a ser responsável, em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de acordo autorizado, de modo expresso, pela seguradora, por danos corporais e/ou materiais causados aos passageiros, em acidentes de trânsito envolvendo o ônibus segurado, durante todo o desenrolar da viagem, iniciando-se no embarque da pessoa no veículo, permanecendo durante todo o seu deslocamento, pelas vias urbanas e rodovias, inclusive em pontos de parada e de apoio, e se encerrando imediatamente após o seu desembarque ao término da viagem (f. 132).

Entretanto, quanto aos danos morais, a exclusão da cobertura é prevista contratualmente. Confira-se:

> Riscos excluídos: Salvo convenção em contrário constante de cada cobertura destas condições gerais, consideram-se também excluídos:
> [...];
> t) pela natureza compensatória, não se encontram cobertas pela presente apólice as indenizações por danos morais e estéticos, decorrentes de acidente, no qual o segurado esteja obrigado a pagar, sejam eles provenientes de ação judicial, ou extrajudicial, bem como nos casos de acordo amigável, salvo se contratada a cobertura específica, exclusivamente nos casos de danos morais (f. 127).

Registra-se, ainda, que do documento de f. 122/123, não impugnado pela denunciante, demonstra, expressamente, que não houve a pactuação dos danos morais.

Assim, deverá a denunciada indenizar regressivamente o segurado tão somente no que concerne aos valores desembolsados a título de danos materiais.

Conclusão.

Mediante as considerações acima expostas, dou parcial provimento à apelação, para, julgando, com relação à lide principal, parcialmente procedente o pedido inicial, condenar a ré/apelada Transprata Ltda.:

a) Ao pagamento da importância de R$ 1.852,32 (um mil oitocentos e cinquenta e dois reais e trinta e dois centavos), a título de ressarcimento das despesas efetivamente comprovadas, corrigida monetariamente pelos índices da Tabela da CGJ/MG a contar da data do desembolso e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

b) A reembolsar os gastos ainda necessários à recuperação da autora/apelante (médico-hospitalares, ambulatoriais, fisioterápicos e medicamentoso), bem como as despesas com transportes para os tratamentos realizados por força do acidente em questão. Reembolso

esse que será feito mediante prestação de contas a ser efetuada a cada 3 (três) meses.

c) Pensão mensal no montante equivalente a 1/3 do salário-mínimo, devida desde a data do acidente até a convalescença da autora/apelante. As parcelas vencidas deverão ser pagas de uma só vez, acrescida de correção monetária e juros de mora na forma especificada na alínea *a*.

d) Ao pagamento, a título de danos morais, da quantia de R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), corrigida monetariamente pelos índices da Tabela da CGJ/MG e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar da publicação do acórdão.

Em face da sucumbência recíproca, arcarão as partes, na proporção de 20% para a autora/apelante e 80% para ré/apelada, com o pagamento das custas processuais, inclusive as recursais, e honorários advocatícios, estes no importe de 10% sobre a condenação prevista nas alíneas *a* e *c* e, quanto à pensão, serão calculados com base nas parcelas vencidas e doze vincendas, nos termos da jurisprudência do STJ (REsp 347.878/RJ - Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar - *DJU* de 10.06.02).

Permitida a compensação dos honorários de sucumbência, a teor da Súmula 306 do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Lado outro, julgo parcialmente procedente a lide secundária, para reconhecer a obrigação da denunciada HDI Seguros S.A. de reembolsar a denunciante dos valores despendidos com a condenação a título de danos materiais, incluindo-se custas e honorários advocatícios, observado o limite do capital segurado na apólice.

Por fim, nos casos como o presente, em que a denunciada à lide aceita a denunciação e se põe ao lado do denunciante, contestando o direito da outra parte e funcionando como autêntica assistente, não se justifica a condenação da verba advocatícia pertinente à lide secundária.

DES.ª ELECTRA BENEVIDES - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. PEREIRA DA SILVA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado, na sessão anterior, a pedido da Desembargadora Revisora, quando, então, o Desembargador Relator dava parcial provimento ao recurso.

DES.ª ELECTRA BENEVIDES - Rogo ao nobre Desembargador Relator Marcos Lincoln, vênia, para expor entendimento contrário às brilhantes razões da lavra de S. Exa., para divergir tão somente em relação ao *quantum* da indenização por danos morais fixados.

O ilustre Relator fixou em R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais) a indenização por danos morais à justificativa de que tal condenação se mostra justa e razoável frente aos traumas físicos e psicológicos advindos do acidente ocorrido, o que justificaria o dever de indenização por parte daquele que deu causa às referidas sequelas.

Entretanto, considerando as circunstâncias fáticas do ocorrido e tendo em vista que a apelante também faz jus ao ressarcimento em relação aos danos materiais e que a indenização por danos morais não constitui reparação, mas sim compensação pela dor psicológica sofrida, dor essa de difícil mensuração, deve a referida indenização trilhar o caminho do melhor senso, moderação e prudência.

Por essa razão, entendo que o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais) se mostra mais adequado para a equação do caso em tela, especialmente levando-se em conta o padrão socioeconômico de ambas as partes.

De ver o entendimento jurisprudencial deste egrégio Tribunal de Justiça nesse sentido:

> Ação de indenização. Culpa. Responsabilidade objetiva. Dano estético e dano moral. Cumulação. *Quantum*. Pensão. Estando clara a culpa do preposto da empresa de transporte no evento lesivo, impõe-se o dever de indenizar. E, ainda que assim não fosse, aplicar-se-ia a teoria do risco administrativo, que estabelece a responsabilidade objetiva da empresa concessionária de serviço público - no caso, o transporte coletivo -, visto não restar provado, nos autos, qualquer excludente de responsabilidade (Exegese do art. 37, § 6º, da CF e dos arts. 14 e 22 do CDC). Apesar de parte da doutrina entender que o dano estético é uma modalidade de dano moral, o ressarcimento daquele não significa sempre e necessariamente o esgotamento do que seria devido a título de dano moral, visto que, além da dor decorrente da lesão estética, pode esta acarretar restrições que impliquem também sofrimento moral, o que permite avaliar e indenizar as duas manifestações que afligem a vítima. Caracterizada a obrigação de indenizar os danos moral e estético, o *quantum* indenizatório deve ser fixado pelo julgador diante da análise do caso concreto, atendendo-se ao caráter de punição do infrator e ao caráter compensatório em relação à lesão experimentada pela requerente, além dos reflexos físicos causados à aparência da vítima. Súmula: negaram provimento.

Ainda no que concerne ao *quantum* devido a título de indenização, preleciona Humberto Theodoro Júnior:

> Impõe-se rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registrada no direito comparado para evitar-se que as ações de reparação de dano moral se transformem em expedientes de extorsão ou de espertezas maliciosas e injustificáveis. As duas posições sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro.

Nesse mesmo sentido, merece transcrição as lições de Rui Stoco:

> Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de 'binômio do equilíbrio', de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem recebe, nem causa de ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido.
> Na fixação do *quantum* a título de compensação por dano moral, o julgador não pode se afastar de um princípio basilar: a vítima da ofensa deve ter por objetivo único a busca de uma compensação para um sentimento ruim e não o de obter vantagem, nem de receber um valor que jamais conseguiria com a força do seu próprio trabalho.

Assim, no esteio e ensinamentos da doutrina dominante, bem como nos reiterados entendimentos deste Tribunal, deve ser reduzido o *quantum* indenizatório a título de danos morais à razão de R$ 8.000,00 (oito mil reais), por entender ser este o valor justo para tal ocasião.

Custas, *ex lege*.

DES. PEREIRA DA SILVA - Acompanho o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDA, EM PARTE, A REVISORA.

...

Obrigação de fazer - Pedido cominatório - Indenização - Perdas e danos - Cumulação de ações - Construção - Defeitos na edificação - Imperfeições - Apresentação dentro do prazo quinquenal de garantia - Responsabilidade da construtora - Art. 618 do Código Civil

Ementa: Ação ordinária. Defeitos na edificação. Vício da construção. Imperfeições apresentadas dentro do prazo quinquenal de garantida. Responsabilidade da construtora. Inteligência do art. 618 do Código Civil de 2002.

- A teor do que dispõe o art. 618 do CC/2002, durante o período de 5 (cinco) anos, milita contra o empreiteiro a presunção de culpa em relação aos defeitos surgidos na obra pela solidez e segurança da obra, assim em razão dos materiais, como do solo.

- É presumida a responsabilidade do empreiteiro pela correção das imperfeições apresentadas na obra dentro do lapso temporal de cinco anos, se não comprovar que tais imperfeições ocorreram por força de causa estranha, ou seja, que inexiste relação de causalidade entre elas e a execução dos trabalhos de construção.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.01.010113-8/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Condomínio do Edifício Memphis - Apelado: ACS Algar Call Center Service S.A. - Relator: DES. ALVIMAR DE ÁVILA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de março de 2009. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Condomínio do Edifício Memphis, nos autos da ação ordinária de obrigação de fazer cumulada com pedido cominatório e de indenização por perdas e danos movida em face de ACS Algar Call Center Service S.A. contra decisão que julgou improcedentes os pedidos iniciais (f. 301/306).

O apelante, em suas razões recursais, sustenta que através da correspondência de f. 34 é possível verificar que a construtora ré reconheceu expressamente a existência de vícios/defeitos na construção, bem como a sua responsabilidade em repará-los. Alega que os documentos de f. 124/138 comprovam que, desde 1997, a construtora vem executando serviços de reparos na construção, mas que estes não se mostraram satisfatórios, havendo, ainda, diversos defeitos na edificação. Afirma, outrossim, que o laudo pericial carreado aos autos demonstra a necessidade de a construção se adequar às normas de prevenção e combate ao incêndio, bem como de a construtora apelada reparar os danos existentes nas fissuras da fachada do edifício, proceder ao revestimento de azulejos que se soltaram das paredes dos apartamentos e realizar obras no piso do cômodo de onde saem as tubulações de água. Informa, ademais, que os defeitos/vícios reclamados na inicial foram detectados dentro do período da garantia da obra. Por fim, pugna pela reforma da r. sentença monocrática (f. 309/315).

Contrarrazões pela manutenção da sentença recorrida (f. 320/325).

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Compulsando os autos, infere-se que o condomínio autor ingressou com a presente ação ordinária em face da construtora ré pleiteando a reparação dos vícios/defeitos apresentados no edifício em decorrência da construção.

Acerca da responsabilidade do construtor, tem-se a lição de Rui Stoco:

> O primeiro dever legal de todo profissional ou empresa de engenharia e arquitetura é assegurar e responder pela perfeição

da obra, ainda que essa circunstância não conste de qualquer cláusula contratual, pois é inerente ao serviço contratado. (In *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.176.)

No mesmo sentido, os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

> A responsabilidade do construtor pode ser contratual ou extracontratual. A primeira decorre de inexecução culposa de suas obrigações. Violando o contrato ao não executar a obra ou ao executá-la defeituosamente, inobservando as normas nele estabelecidas, o construtor responderá civilmente, como contratante inadimplente, pelas perdas e danos, com base nos arts. 389 e 402 do Código Civil. (In *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 410.)

No caso presente, tem-se que o laudo pericial carreado aos autos demonstra que o perito constatou a existência de fissuras e infiltrações na fachada do edifício e nos interiores dos apartamentos (f. 214/215, f. 219, f. 245/149), impermeabilização no teto do subsolo (garagem), no interior das jardineiras (f. 215 e 228), fissuras oriundas de sobrecarga de estrutura metálica colocada sobre a laje da garagem do térreo (f. 215 e 229/232), revestimento de azulejos soltos no interior dos apartamentos (f. 215 e 236/237), infiltrações no piso do cômodo de onde saem as tubulações de água provenientes da caixa d'água (barrilete) (f. 216 e f. 252) e por fim, inadequação às normas de prevenção e combate ao incêndio (f. 216).

O MM. Magistrado de primeira instância entendeu, todavia, que os vícios/defeitos apontados pelo condomínio autor e constatados pelo perito oficial decorreram, na verdade, da acomodação do terreno à carga que recebeu, bem como das variações climáticas, razão pela qual determinou que os reparos dos mencionados defeitos/vícios fossem realizados por conta do condomínio autor, por se tratar de despesa de manutenção.

Sendo assim, a controvérsia dos autos cinge-se a definir, através das provas carreadas aos autos, se os vícios/defeitos constatados na edificação foram resultados da má execução da obra pela construtora, ou se, de fato, referem-se a defeitos que se apresentam em razão do tempo de uso.

O perito oficial afirma em seu laudo que

> [...] toda edificação durante os seus primeiros 5 (cinco) anos de vida passa por uma acomodação no terreno, acomodação esta que passa pelo terreno ter que 'aceitar' aquela carga diante das modificações que virão com as chuvas e secas neste período (f. 215).

Mais adiante, informa que:

> É normal que, de 5 em 5 anos, qualquer edificação passe por um tratamento em sua fachada, seguido de uma pintura. Tratamento de fachada significa tratar com 'mastiques' as fissuras no reboco, as fissuras entre reboco e esquadrias de alumínio (janelas) por onde sempre percolam as águas das chuvas. As fissuras e infiltrações apresentadas nos interiores dos apartamentos deixarão de existir quando for executado o tratamento da fachada, pois elas aparecem principalmente porque as águas percolam naturalmente de fora para dentro (f. 215).

Dessa forma, da leitura do laudo pericial pode-se concluir que toda edificação passa por um período de acomodação do terreno, sendo normal que, decorridos 5 (cinco) anos após a sua conclusão, apareçam fissuras e infiltrações que necessitarão de alguns reparos, como forma de manutenção.

Contudo, no caso presente, percebe-se que a obra foi concluída em meados de 1995 (documentos de f. 92/123) e que, já em 1997, a construtora vinha executando serviços de reparos na construção (f. 124/127), ou seja, em menos de 2 (dois) anos da conclusão da obra, já apareceram diversos defeitos/vícios, os quais foram reparados, em parte, pela construtora, não sendo, todavia, suficientes para cessarem as infiltrações e fissuras apresentadas na edificação.

Tanto que, em julho de 1998, vale dizer, 3 (três) anos após a conclusão da obra, o condomínio autor voltou a notificar a construtora ré (f. 33) para que procedesse aos reparos que ainda faltavam na edificação, tendo esta reconhecido expressamente a existência daqueles vícios e inclusive se comprometido a executar os reparos que entendia ser de sua responsabilidade (f. 34), não tendo trazido aos autos, contudo, prova da execução dos serviços prometidos.

Ora, não há que se falar, portanto, que os defeitos/vícios apresentados na edificação foram oriundos exclusivamente dos efeitos decorrentes da acomodação do terreno e variações climáticas, já que a própria construtora confessa ser responsável pela reparação de alguns defeitos, como infiltrações das janelas e paredes dos apartamentos, da laje superior e do teto da garagem (f. 34).

Também deve ser observado que os mencionados vícios foram constatados em menos de 3 (três) anos da conclusão da obra, não estando, portanto, dentro do período normal de acomodação e adaptação do terreno indicado pelo perito oficial, vale dizer após 5 (cinco) anos da finalização da construção.

Ademais, deve ser ressaltado que, a teor do que dispõe o art. 618 do Código Civil de 2002, durante o período de 5 (cinco) anos, milita contra o empreiteiro a presunção de culpa em relação aos defeitos surgidos na obra pela solidez e segurança da obra, assim em razão dos materiais, como do solo.

Ora, conforme pode ser verificado pelo laudo pericial (f. 207/257), dentre os defeitos/vícios apontados pelo perito, estão aqueles referentes à inadequação das normas de prevenção e combate ao incêndio (f. 216), inobservância do projeto original quanto à execução da caixa de registro (f. 214), sobrecarga da cobertura

metálica instalada na laje do térreo (f. 215), bem como infiltrações e fissuras, defeitos estes, portanto, referentes à execução da obra, e que afetam a sua solidez e segurança.

Sendo assim, no caso presente, não só os defeitos no imóvel ocorreram dentro do lapso temporal de cinco anos, ou seja, dentro do prazo de garantia, como também não logrou a construtora ré demonstrar que eles ocorreram por força de causa estranha, ou seja, que não existe uma relação de causalidade entre os defeitos constatados e a execução dos trabalhos de construção.

Ademais, registre-se que, quanto à alegação da construtora ré de que o condomínio autor recebeu a obra sem qualquer ressalva e que, portanto, deu plena quitação à construção, tem-se que não merece acolhida.

É que o art. 618 do Código Civil de 2002 traz uma exceção à regra de que a responsabilidade do empreiteiro cessa com a entrega da obra, sem protesto ou reclamação, fixando período de garantia de cinco anos, no qual milita contra o empreiteiro a presunção de culpa em relação aos defeitos ocultos surgidos na obra, sendo tal presunção elidida somente mediante prova em contrário, o que não ocorreu, *in casu*.

Sobre o tema, ensina Clóvis Beviláqua:

> Os edifícios e outras construções consideráveis, como pontes, reservatórios d'água, estradas de ferro não revelam os seus vícios desde logo. Abriu para eles o Código uma exceção à regra de que cessa, com a aceitação da obra, a responsabilidade do empreiteiro. (In *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 5ª tiragem, ed. histórica, Editora Rio, v. 2, p. 350.)

No mesmo sentido, é o entendimento de Mário Moacyr Porto:

> [...] o recebimento da obra extingue a responsabilidade do construtor quanto aos vícios aparentes, mas não quanto aos vícios ocultos, que poderão ser argüidos e reclamados durante todo o prazo qüinqüenal da garantia. A obrigação que o construtor assume, em face da lei e do contrato, é de fim ou resultado, e não apenas uma obrigação de meio ou de prudência e diligência. O seu compromisso não é de apenas executar os trabalhos da construção, mas executá-los de modo satisfatório, de maneira que a obra contratada e entregue seja sólida, segura e funcional, nos termos do ajuste. Conseqüentemente, se o dono da obra argúi defeito dentro do prazo de garantia, cabe ao construtor o ônus de provar a improcedência da reclamação. Assumindo uma obrigação de garantia, presume-se responsável pelos defeitos, até que prove que os mesmos ocorreram por força de uma causa estranha, não havendo, em conseqüência, uma relação de causalidade entre o defeito ou defeitos constatados e a execução dos trabalhos de construção (*RT* 623/10).

Nesse passo, não há dúvidas da responsabilidade civil da construtora ré em relação à correção das imperfeições da obra apontadas pelo condomínio autor e verificadas pelo laudo pericial de f. 207/257, razão pela qual merece reforma a r. sentença monocrática.

Dessa forma, tratando-se de ação que tem por objeto obrigação de fazer, deve-se fixar um prazo para o cumprimento da determinação judicial, bem como arbitrar multa cominatória diária, para que a parte que tem uma obrigação a cumprir a ela não se furte indeterminadamente.

Sendo assim, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias (prazo sugerido pelo perito em resposta ao quesito nº 13, f. 255), para que a construtora ré proceda à correção daqueles defeitos/vícios reclamados pelo condomínio autor e constatados pelo laudo pericial, sob pena de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais).

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, para reformar a r. decisão monocrática e julgar procedente o pedido inicial, determinando que a construtora ré proceda à correção daqueles defeitos/vícios reclamados pelo condomínio autor e constatados pelo laudo pericial, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais). Invertem-se os ônus de sucumbência fixados em primeiro grau.

Custas recursais, pela construtora apelada.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Fornecedor - Explosão de vasilhame - Manipulação - Riscos - Ausência de informação - Responsabilidade civil objetiva - Dano moral

Ementa: Fornecedor. Explosão do vasilhame. Ausência de informações. Responsabilidade civil objetiva.

- O fornecedor é responsável civilmente, independentemente de culpa, pelos danos causados ao consumidor em decorrência da explosão do vasilhame que contém o seu produto, especialmente se não prestou as necessárias informações sobre os riscos advindos de sua manipulação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.00.012465-4/001 - Comarca de Uberaba - Apelantes: Ambev Cia. Bebidas Américas sucessora de Cia. Brasileira de Bebida - Apelado: Romes Guilherme Silveira Borges - Relator: DES. MAURÍLIO GABRIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na

conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2009. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Luiz Fernando Valladão Nogueira.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de apelação interposta pela Companhia de Bebidas das Américas - Ambev (sucessora da Companhia Brasileira de Bebida, a mesma Companhia e Cervejaria Brahma e Skol) por não se conformar com a sentença que, ao julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenou-a a pagar ao autor Romes Guilherme Silveira indenização por dano moral e estético no valor de "R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e correção monetária desde o ajuizamento da ação".

Sustenta a recorrente que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do apelado que, após o recebimento da garrafa de cerveja, a colocou em um refrigerador, gerando o choque térmico no vasilhame, o que provocou a explosão da mesma.

Esclarece que todas as garrafas que utiliza "passam por um rigoroso processo de seleção" e que as "que apresentam defeitos são recusadas e excluídas da linha de produção, não entrando (ou retornando) ao mercado".

Assevera, assim, que não agiu com culpa, ante a inexistência de defeito na garrafa que explodiu, e que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do consumidor.

Conclui, pois, não poder ser responsabilizado pelos danos ocasionados pela explosão do vasilhame.

Afirma, ainda, não ter o apelado sofrido danos, pois "continua trabalhando e estudando normalmente".

Ao final, pugna pela improcedência dos pedidos iniciais.

Alternativamente, caso assim não se entenda, requer a redução do valor indenizatório fixado.

Em contrarrazões, Romes Guilherme Silveira bate-se pela manutenção da sentença.

Conheço do recurso por estarem presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Consta da petição inaugural que, aos 2 de maio de 2.000, Romes Guilherme Silveira Borges, à época menor, colocava uma garrafa de cerveja da marca Brahma em um freezer quando o vasilhame estourou e um de seus estilhaços atingiu o seu olho esquerdo.

A ocorrência destes fatos, além de não refutados especificamente no recurso ofertado, foram confirmados por Valdir Olivo Ghedim, em depoimento transcrito às f. 649:

> [...] que no dia do acidente estava no local presente. Que viu quando o autor pegou uma caixa de cerveja, a fim de abastecer o freezer e de repente, escutou um estouro e quando o depoente aproximou-se do autor notou que um dos seus olhos sangrava, sendo o olho esquerdo. Que a garrafa ficou toda estilhaçada, não se recordando a marca.

Há, na espécie, uma típica relação de consumo, o que determina o exame das questões colocadas na ação sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.

Determina o referido diploma legal, no *caput* de seu artigo 12, que

> [...] o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Depreende-se, desta norma legal, que a responsabilidade do apelante é objetiva, o que torna desnecessário o exame de sua culpa.

Buscando afastar a sua responsabilidade, a apelante, amparando-se nos itens II e III do § 3º do referido artigo 12, sustenta que os vasilhames que utiliza "passam por um rigoroso processo de seleção", com a recusa daqueles que "apresentam defeitos", e que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do apelado.

Tais argumentações, todavia, são afastadas pela prova pericial, efetivada através de laudo anexado às f. 557 e seguintes.

Relata o perito oficial que, por não lhe terem sido apresentados os fragmentos do vasilhame (f. 562), realizou a prova técnica através de diligências efetivas no local do acidente, na distribuidora de bebidas e nas dependências da apelante (f. 558).

Esclarece que a apelante se utiliza, para engarrafar as bebidas que comercializa, de "vasilhame novo", adquiridos de fornecedores, e de "vasilhame usado, que retorna dos consumidores" (f. 560).

Informa, ainda, que estes vasilhames são examinados e, se constatado algum defeito, são recusados (f. 560), acrescentando que o controle de qualidade possui confiabilidade "de 99,6 a 99,8%" (f. 562).

Há, pois, uma margem de erro nesta inspecção que se torna expressiva em razão de quantidade enorme de garrafas sabidamente comercializadas pela apelante.

Tanto isto é verdade, que, segundo relato do expert, "nas pesquisas junto à distribuidora, bares, garçons e profissionais do ramo, todos trouxeram relatos sobre acidentes, nem sempre com desfecho grave, porém com origem em estouro de garrafas ao manuseá-las junto a freezeres com baixas temperaturas" (f. 559).

Afirma, ainda, o perito que as "empresas envolvidas nos processos de fabricação, possuem estas infor-

mações, tanto que protegem seus funcionários por ocasião do manuseio desses produtos" (f. 565), o que, todavia, não evita a ocorrência de acidentes de trabalho decorrentes de explosões de garrafas (cf. documentos anexados às f. 580/585).

Há, portanto, uma falha, ainda que em percentual ínfimo, na seleção dos vasilhames, o que afasta a alegada confiabilidade total dos mesmos.

Afirma, ainda, a apelante que a explosão do vasilhame ocorreu em virtude de "choque térmico" e que, assim, o acidente ocorreu pela negligência do apelado, "que provocou o choque na garrafa ao submetê-la a uma temperatura de 5° C negativos, quando a temperatura desta garrafa era de 36° C positivos".

A explosão da garrafa em virtude do choque térmico, ainda que não devidamente comprovada, se mostra bastante plausível, como se vê pelas respostas dadas pelo perito às f. 561 e 564.

Todavia, ainda que comprovada estivesse esta hipótese, a responsabilidade objetiva do apelante não poderia ser afastada.

De fato, determina o caput do artigo 8°, do Código de Defesa do Consumidor que "os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito".

Por sua vez, o parágrafo único do mesmo artigo estipula que, "em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devem acompanhar o produto".

Por isto, prevê o já transcrito artigo 12, que a responsabilidade objetiva decorre, também, de "informações insuficientes ou inadequadas" sobre a "utilização e riscos" do produto.

Na espécie em julgamento, o que é mais grave, estas informações sequer existiram, como bem acentuado no laudo técnico: "O perito não constatou nenhuma orientação e/ou treinamento por quem quer que seja na proteção desse tipo de acidente aos funcionários dos pontos de venda final (bares, restaurantes, etc.)" (f. 565).

Assim, a culpa que poderia, em tese, ser debitada ao apelado não se mostra exclusiva e deve ser repartida com a apelante, o que afasta a excludente de responsabilidade objetiva prevista no item III, do § 3°, do citado artigo 12.

Incensurável, portanto, se mostra a sentença ao determinar o ressarcimento, pela apelante, dos danos ocasionados ao apelado.

No laudo subscrito por médico oftalmologista, juntado às f. 488/493 e nos esclarecimentos por ele prestados (cf. f. 495/4960, restou consignado que o apelado, em virtude do acidente, apresenta "lesão linear cicatricial de toda espessura da córnea, que vai de 1 1/2 às 7.00 horas do quadrante horário" e "catarata secundária (membrana opaca, resultante de cicatrização após cirurgia do cristalino" (f. 490), que resultaram em sua "incapacidade parcial (um só olho foi afetado), com sério comprometimento visual do olho esquerdo (a visão atual enquadra-se na ´cegueira legal´) (f. 492).

Informa, ainda, o perito oficial que esta

> incapacidade pode ser temporária, pois existe uma possibilidade, embora remota, de recuperação do olho esquerdo através de cirurgias (no caso, de alto risco) como o transplante de córnea (com risco de rejeição) e retirada da membrana retropupular cicatricial com colocação de um implante secundário (lente intraocular com grau, substituindo o cristalino retirado) (f. 492).

Este quadro, por si só, mostra ter o apelado sofrido danos morais e estéticos, a serem ressarcidos em conjunto.

Observo, por fim, que o valor da indenização por dano pelo dano imaterial e estético deve ser fixado examinando-se as peculiaridades de cada caso e, em especial, a gravidade da lesão, a intensidade da culpa do agente, a condição sócio-econômica das partes e a participação de cada um nos fatos que originaram o dano a ser ressarcido, de tal forma que assegure ao ofendido satisfação adequada ao seu sofrimento, sem o seu enriquecimento imotivado, e cause no agente impacto suficiente para evitar novo e igual atentado.

Atento a estes princípios e, em especial, a gravidade da lesão e a condição econômica das partes, tenho como correto, justo e adequado à espécie o valor arbitrado na sentença recorrida.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

DES. TIAGO PINTO - A hipótese versada nestes autos de ação de indenização é derivada de explosão de garrafa de cerveja, que causou lesão em um olho do autor. Vale dizer, o comerciante, que ao manipular garrafa de cerveja e acondicioná-la ao refrigerador, para gelá-la, experimentou ou presenciou explosão dela. O caco ou estilhaço do vidro feriu-lhe o olho, gravemente.

A sentença, após regular instrução do feito, concluiu pela condenação em danos morais (os danos materiais pedidos foram afastados), forte no artigo 12, CDC, reconhecendo a insuficiência de informações ou inadequação delas sobre a utilização e riscos do produto.

O voto condutor da relatoria da apelação vai no mesmo sentido e é assim sumulado:

> O fornecedor é responsável civilmente, independente de culpa, pelos danos causados ao consumidor em decorrência da explosão do vasilhame que contém o seu produto, especialmente se não prestou as necessárias informações sobre os riscos advindos de sua manipulação.

Naturalmente, a síntese da ementa do voto é resultado da avaliação da sentença e confronto com as provas do processo.

Substancialmente, a conclusão do perito submete a conclusão a uma lei natural, ou seja, a submissão do material a certas condições de temperatura possibilita a ocorrência de choque térmico e consequente explosão.

E sobre isso comenta-se: a lei natural é sempre contingente e necessária. Todas as vezes em que se submeter um determinado material a condições de temperatura e choque há possibilidade de explosão.

E então, não sendo relacionada exclusivamente a explosão a um fato do produto propriamente dito, senão a um fato externo, teria a empresa fabricante obrigação de informar a respeito dele.

Em princípio a resposta seria negativa.

Todavia, na sua generalidade, a contingência e a necessariedade da ocorrência do fenômeno, aplica-se ao produto produzido pela apelante. Isto é, na sua completude, o produto não diz respeito somente ao conteúdo do vasilhame, mas também ao produto garrafa que o acolhe e o põe em condições de comercialização. E aí, a doutrina consumerista é firme em responsabilizar:

> [....] a responsabilidade do fabricante, do produtor, do construtor e do importador pelos danos provocados por defeitos decorrentes de 'apresentação' dos produtos, assim como 'por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos'. E assim, '[...] É a terceira categoria de vício de qualidade por insegurança: os defeitos de comercialização, chamados também de informação. Sempre que um produto ou serviço é comercializado, o fornecedor deve informar o consumidor sobre seu uso adequado, sobre riscos inerentes, assim como sobre outras características relevantes' (In: BENJAMIN Antônio Herman V. *et al*. *Manual do direito do consumidor*, Ed. RT).

A prova dos autos demonstra a existência, na linha de produção, de acidentes causados por explosões de garrafas. E depois, há relato nos autos de casos iguais.

Esses fatos denotam a inserção, dada a ocorrência de fatos em várias hipóteses, da necessidade de informação e orientação sobre o uso e manuseio das garrafas envasadas com produtos gaseificados, inserindo o fato na segurança da saúde dos consumidores e no âmbito da política de proteção das relações de consumo, prevista no artigo 4º, CDC, onde elenca-se, inclusive, a imperiosidade da informação adequada, com condição de implemento de igualdade jurídica nos tratos do consumo.

Com essas considerações, acompanho o voto do eminente Relator.

DES. ANTÔNIO BISPO - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Dano moral - Ofensa praticada em programa radiofônico - Art. 56 da Lei de Imprensa - Não recepção pela Constituição Federal de 1988 - Decadência afastada - *Error in judicando* - Cassação

Ementa: Ação de indenização. Dano moral. Ofensa praticada em programa radiofônico. Art. 56 da Lei de Imprensa. Não recepção pela Constituição Federal de 1988. Decadência afastada. *Error in judicando*. Cassação.

- O art. 56 da Lei 5.250/67, que estipula o prazo decadencial de 3 meses para pleitear indenização por dano moral, não foi recebido pela Constituição de 1988.

- Presente o error *in judicando*, devendo a sentença ser cassada. Recurso provido.

Apelação Cível nº 1.0456.04.023754-1/001 - Comarca de Oliveira - Apelante: José Sávio Silveira e Costa - Apelados: Francisco Donizetti Naves e outros - Relator: DES. ANTÔNIO BISPO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de fevereiro de 2009. - *Antônio Bispo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO BISPO - O apelante interpôs recurso em face da sentença prolatada pelo Juízo de 1º grau, na ação ordinária de indenização por dano moral, que julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC, tendo reconhecido a decadência prevista no art. 56 da Lei nº 5.250/67.

Aduz o apelante (f. 377/382) que teve grave dano à sua honra, dignidade e reputação por matéria inverídica e caluniosa divulgada por emissora de rádio pertencente à primeira e segunda apeladas.

Alega que o terceiro apelado, seu inimigo e adversário político, foi quem idealizou e realizou tal matéria, transmitindo em programa radiofônico gravações de ligações telefônicas com contexto alterado.

Afirma, ainda, que o laudo pericial (f. 41/49), promovido pela Secretaria de Estado da Segurança Pública de Minas Gerais, constatou que as supostas gravações apresentavam cortes no conteúdo gravado, configurando montagem, cujo preparo ocorreu dentro das instalações da emissora de rádio.

O apelante esclarece que é servidor público e que, à época dos fatos, exercia cargo de confiança junto à Prefeitura de Oliveira/MG, na Secretaria Municipal de Obras. As falsas acusações lhe atingiram fortemente a honra, dignidade e reputação, além de ter repercutido na gestão do Município, afetando sua credibilidade perante a população oliveirense.

Reitera pela procedência da ação indenizatória para que sejam os apelados condenados a pagar indenização por danos morais ao apelante ante a atitude dolosa e ilícita realizada com claro intuito de denegrir sua fama.

Por fim, pugna pelo provimento do apelo, visando cassar a sentença por erro *in procedendo*, devolvendo o feito à primeira instância.

Embora tenham sido intimados para apresentar contrarrazões recursais, os apelados quedaram-se inertes, conforme certidão de f. 386-v.

Conheço a apelação visto que presentes os seus pressupostos recursais.

Não merece prosperar o *decisum*, pois não resta dúvida de que a norma do art. 56 da Lei de Imprensa, que trata da decadência, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. É ver:

A interpretação dos direitos e garantias fundamentais não pode sofrer mitigação tendo como amparo a legislação ordinária, pois, certamente, violaria o Princípio da Supremacia da Constituição.

Assim, a referida lei, ao estipular prazo decadencial exíguo para o pleito do direito à indenização, deixou de ser apta para concretizar os preceitos trazidos pela nova ordem constitucional, motivo pelo qual não pode ser recepcionada.

De acordo com a Segunda Turma do STF:

> Art. 56 da Lei de Imprensa - Não recepção pela CF/88. - O art. 56 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionado pela CF/88. Com esse entendimento, a Turma negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que afastara alegação da recorrente quanto à ocorrência da decadência do prazo de três meses, previsto na lei mencionada, para fins de ajuizamento de ação de indenização por dano moral. Considerou-se que a Constituição conferiu tratamento especial à reparação decorrente do dano moral, nos incisos V e X do seu art. 5º, e submeteu a matéria ao direito civil comum, não sendo cabível a aplicação do exíguo prazo da Lei de Imprensa (CF, art. 5º '[...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação') (RE nº 348 827/RJ, Rel. Ministro Carlos Velloso, p. em 01.06.04, *Boletim Informativo* nº 350).

Assim, deverá ser aplicado o período mais elástico do Código Civil e com maior âmbito protetivo dos interesses lesados por ilícitos provocados em virtude de publicações e transmissões jornalísticas.

Não há mais como distinguir prazos para o dano moral e material, e, principalmente, preservar as restrições da Lei de Imprensa, por contradizerem a diretriz constitucional.

Vale trazer à colação a doutrina de Darcy Arruda Miranda:

> O art. 56 da Lei de Imprensa limita a três meses da data da publicação ou transmissão que lhe deu causa, a ação para haver indenização por dano moral, prazo esse decadencial. Ocorre que a Constituição Federal de 1988, quando em seu art. 5º, no *caput,* estabeleceu a igualdade de todos perante a lei e, no inciso X, prescreveu a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, também assegurou o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, igualando os dois efeitos, sem ressalvas, revogou implicitamente o citado prazo decadencial. Nem seria compreensível um prazo tão restrito para um dado tão grave como é o dano moral em relação ao dano material que não tem prazo. Seria evidente cerceamento de defesa uma disposição, pois o indivíduo ofendido que estivesse ausente do local na data da publicação da ofensa, em viagem, e voltasse após transitados os três meses ficaria sem defesa, marcado pela ofensa à sua honra, só podendo reclamar dano material que venha a existir (*Comentários à Lei de Imprensa*, Lei 5.250/67. 2. ed. revista e atualizada, Ed. Revista dos Tribunais, p. 696/697).

Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório.

Não deve a constituição ser interpretada em conformidade com a lei, mas o inverso. É o que a melhor doutrina denomina de "filtragem constitucional".

É exatamente o que aconteceria no presente caso ao se limitar a Constituição de 1988 na estreita regulamentação dos danos morais nos casos traçados pela Lei de Imprensa.

Tendo em vista que os preceitos constitucionais são iguais para todos, inaplicável será o privilégio de reduzir o exercício de ação indenizatória, mesmo porque a natureza da regra da CF/88 é mais ampla, indo além das estipulações da lei em tela.

O entendimento no STJ é nesse sentido:

> Civil. Indenização. Danos morais. Programa televisivo. Decadência. Prazo. Lei de Imprensa. Inconstitucionalidade. 1 - Segundo iterativos precedentes das duas Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, o art. 56 da Lei de Imprensa, fixando prazo decadencial de três meses, para a propositura de ação de indenização por danos morais, não foi recepcionado pela Constituição Federal. 2 - Recurso especial conhecido e provido para, aplicando o direito à espécie, restabelecer o acórdão da apelação (f. 197-200) (REsp 397921/SP. Relator Ministro Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. em 12.08.03, p. no *DJ* de 08.09.03, p. 333).

Do exposto, conclui-se pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988, assim sendo, prevalece o art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002,

que estabelece ser de três anos o prazo prescricional para a reparação civil.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para cassar a sentença, devendo ser outra proferida, afastado o prazo decadencial referido, devendo o processo prosseguir na sua forma regular.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES e MAURÍLIO GABRIEL.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Ação de cobrança - Indenização - Contrato de seguro - Acidente pessoal - Invalidez permanente - Cobertura - Fraude - Má-fé - Prova - Ausência - Seguradora - Dever de indenizar

Ementa: Seguro. Indenização. Invalidez total ou parcial por acidente. Fraude. Automutilação. Ausência de comprovação da má-fé.

- É cediço que, nos contratos de seguro, presume-se a boa-fé do segurado, incumbindo à seguradora, para se eximir do dever de indenizar, demonstrar a alegada má-fé.

- Para que seja caracterizada a fraude, a seguradora deve comprová-la de forma inconteste, pois não bastam alegações e indícios opostos à versão dos fatos apresentados pelo segurado, não sendo estes suficientes para eximi-la do dever de indenizar.

- Com efeito, nos termos do art. 333, II, do CPC, caberia à apelante provar o referido fato impeditivo do direito do apelado, que é, justamente, a autolesão voluntária, ou seja, a má-fé.

- Ademais, além da previsão do inciso II do art. 333 do CPC, que já atribui o ônus da prova do fato impeditivo à apelante, é regra elementar de direito que a má-fé não se presume, ao contrário, o que se presume é a boa-fé, devendo a primeira ser vastamente demonstrada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0699.04.041059-8/001 - Comarca de Ubá - Apelante: HSBC Seguros S. A. - Apelado: José Maurício de Oliveira - Relator: Des. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 2 de abril de 2009. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Trata-se de recurso de apelação interposto por HSBC Seguros S.A., em face da procedência da ação de cobrança de seguro, movida por José Maurício de Oliveira.

Sustenta a apelante que a ilustre Magistrada de 1º grau errou em condená-la ao pagamento da indenização securitária, uma vez que a pretensão do apelado é infundada, pois o risco foi provocado pela própria vontade do mesmo, com intuito de receber ilicitamente a cobertura da apólice de seguro.

Alega ainda que os elementos constantes dos autos apontam no sentido de que a ação do apelado foi premeditada e contrária à lei.

Aduz que houve prestação inverídica de informações sobre as circunstâncias do sinistro, concluindo que houve a intervenção do segurado na produção do resultado lesivo.

Aduz, mais, que, pelas conclusões do relatório de sindicância do sinistro e no parecer técnico pericial, comprovou-se que não há conexão entre o evento narrado e as lesões apresentadas.

Alega ainda que a prova pericial produzida atestou que as lesões periciadas não ocorreram da forma narrada nos autos.

Sustenta, mais, que deve haver a diminuição dos honorários advocatícios, pois a condenação está em desacordo com a norma prevista no art. 20 do CPC e que a correção monetária deve correr a partir da citação e não da negativa do pagamento pela seguradora.

Contrarrazões apresentadas às f. 280/283, pugnando pela manutenção da sentença.

A comprovação do preparo foi acostada à f. 278.

É o relatório.

Conheço do recurso de apelação, uma vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Compulsando atentamente os autos, percebe-se que a recusa do apelante em indenizar parte do princípio de que alega que houve má-fé por parte do segurado, ora apelado.

Depreende-se dos autos que foi firmado um contrato de seguro entre as partes, denominado seguro Vida Premium, nº 0604803, série 807, ag. 0135518, com as prestações do prêmio no valor de R$117,80 (cento e dezessete reais e oitenta centavos), prevendo, dentre outras, cobertura de invalidez permanente total ou parcial por acidente no importe de R$ 224.220,00 (duzentos e vinte e quatro mil e duzentos e vinte reais), conforme certificado de f. 07.

Alega o ora apelado que, em virtude de acidente ocorrido em sua padaria em 27.04.2003, requereu junto à seguradora o pagamento da indenização securitária respectiva, sendo esta negada pela seguradora apelante conforme documento de f. 14.

Assim, interpôs o apelado a presente ação, sendo que a seguradora apelante recorreu da sentença que julgou procedente o pedido inicial, insurgindo-se em face do pagamento, ao argumento de ter o apelado agido de má-fé, automutilando-se para fins de recebimento do capital segurado.

É cediço que nos contratos de seguro se presume a boa-fé do segurado, incumbindo à seguradora, para se eximir do dever de indenizar, demonstrar a alegada má-fé.

Nessa linha, pode-se observar a regra do art. 765 do Código Civil:

> O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Nesse diapasão, para que seja caracterizada a fraude, a seguradora deve comprová-la de forma inconteste, pois não bastam alegações e indícios opostos à versão dos fatos apresentados pelo segurado, não sendo estes suficientes para eximi-la do dever de indenizar.

Dessa forma, para que a má-fé seja reconhecida, exige-se prova inequívoca da intenção do segurado, ora apelado, em se automutilar, exclusivamente com a intenção de recebimento do valor segurado.

No meu modesto inteligir, os fatos narrados pelo apelado não trazem contradições aos depoimentos das testemunhas ouvidas nos autos.

Percebe-se, pelos esclarecimentos prestados pelo perito nomeado nos autos, conforme se verifica à f. 205, que o mesmo relata não haver suspeitas de que os fatos tenham ocorrido de forma diversa dos acontecimentos narrados pelo apelado.

No meu entendimento, a documentação indicativa da ocorrência da má-fé, na qual se baseia a apelante, de f. 38/53, foi produzida unilateralmente, por meio de sindicância e perícia confeccionada por profissional contratado pela própria seguradora apelante.

Dessa forma, não vislumbro, nos autos, prova quanto à intenção do apelado em se automutilar, com o intuito de fraudar o seguro para o recebimento da indenização, pelo que se afasta a má-fé do apelado.

Com efeito, nos termos do art. 333, II, do CPC, caberia à apelante provar o referido fato impeditivo do direito do apelado, que é, justamente, a autolesão voluntária, ou seja, a má-fé.

Ademais, além da previsão do inciso II do art. 333 do CPC, que já atribui o ônus da prova do fato impeditivo à apelante, é regra elementar de direito que a má-fé não se presume, ao contrário, o que se presume é a boa-fé, devendo a primeira ser vastamente demonstrada.

Assim, conclui-se que a apelante não se desincumbiu do seu ônus de comprovar a prática da fraude pelo apelado, razão pela qual merece ser mantida a sentença que determinou o pagamento da importância segurada.

Nesse sentido, é a jurisprudência. Se não, vejamos:

> Apelação. Seguro. Cobrança. Alegação de lesão voluntária. Má- fé. Fato impeditivo. Prova. Ônus da seguradora ré. Fraude não demonstrada.
> - Incumbe à seguradora, por se tratar de fato impeditivo do direito do segurado e em razão da premissa de que a má-fé não se presume, comprovar que este agiu maliciosamente, decepando o próprio dedo voluntariamente.
> - Se os indícios colacionados aos autos, mesmo que analisados em conjunto, são por demais tênues, não estando aptos a traduzir prova indiciária convincente a respeito da lesão voluntária, a condenação da seguradora a pagar o seguro é medida que se impõe (Ap. 389.786-1, 3ª Câmara Cível, Rel. Mauro Soares de Freitas, j. em 28.5.03).

Quanto à data da incidência da correção monetária, não merece reforma a sentença combatida, pois é cediço que esta deve incidir a partir da data da negativa do pagamento do prêmio pela seguradora, conforme documento de f. 14, já que é a partir desta data que fica caracterizada a mora da apelante em relação às obrigações assumidas no contrato de seguro.

Esse é o entendimento deste Tribunal. Se não, vejamos:

> Ação de cobrança de seguro empresarial. Furto de objetos da empresa. Vistoria prévia omissa quanto à totalidade dos bens que guarneciam o local. Exigência de apresentação das notas fiscais dos bens furtados. Recibos de compra apresentados. Abusividade da exigência. Conduta do segurado que só pode ser refutada ante a configuração de má-fé. Presunção de boa-fé. Correção monetária. Início, a partir da negativa de pagamento. Recurso parcialmente provido. [...] A correção monetária deve incidir a partir da injusta negativa de cobertura securitária, uma vez que a partir desta data fica caracterizada a mora da seguradora em relação às obrigações contratuais assumidas (TJMG - Apelação Cível 1.0479.04.083988-4/001 - Rel. Des. Fábio Maia Viani - j. em 14.08.07 - p. no *DJ* em 28.08.07).

No tocante aos honorários advocatícios, cumpre esclarecer que, para a fixação dos mesmos, deve-se levar em conta a natureza da tutela concedida, ou seja, nas decisões de natureza condenatória, a verba honorária é fixada com base no valor da condenação, na forma do art. 20, § 3º, do CPC; nas de natureza constitutiva ou declaratória, os honorários são fixados equitativamente, como determina o art. 20, § 4º, do CPC.

No caso em tela, a tutela concedida na sentença tem natureza condenatória, de modo que os honorários devem ser fixados com base no referido art. 20, § 3º, do CPC, não merecendo também nesse ponto qualquer reforma a sentença guerreada.

Dessarte, não tendo a parte apelante logrado êxito em comprovar suas alegações, nego provimento ao apelo, mantendo, assim, intacta a sentença combatida, por seus próprios fundamentos.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FRANCISCO KUPIDLOWSKI e CLÁUDIA MAIA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Cobrança - Bem imóvel - Compra e venda - Arras penitenciais - Prova

Ementa: Cobrança. Compra e venda de imóvel. Arrependimento. Arras penitenciais. Prova.

- Provado o pagamento de arras penitenciais, bem como o arrependimento por quem as recebeu, a este cabe restituí-las, com o acréscimo acordado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0194.06.065953-0/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Apelante: Evandro Erix Alves - Apelado: Rio Doce Empreendimentos Imobiliários Ltda. - 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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de março de 2009. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SALDANHA DA FONSECA - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

A análise dos autos revela que os apelantes celebraram com a apelada dois contratos particulares de promessa de compra e venda de imóvel, mediante pagamento de sinal e compromisso de quitação parcelada do preço faltante (f. 13-22). A apelada, pela impossibilidade de cumprimento da obrigação de 'retirar os invasores que estão ocupando a faixa de domínio do DNIT em frente ao loteamento no prazo de 08 (oito) meses a partir da data do contrato' (cláusula nona, letra 'e'), aos apelantes comunicou a resolução do contrato, colocando à disposição os cheques recebidos e valores consignados (f. 25-27). Os apelantes, não-satisfeitos, com base na cláusula décima terceira, que regula os efeitos da rescisão por inadimplência, da apelada cobram a importância do sinal acrescida de mais 10% do valor efetivamente pago.

Indeferida a tutela de cobrança (f. 81-86), os apelantes sustentam que a cláusula décima terceira dos contratos de promessa de compra e venda deve ser observada na hipótese de resolução unilateral, por isso a parte que der causa ao desfazimento do negócio, perde as arras e mais 10% do valor efetivamente pago, como título de indenização por perdas e danos. Por fim, dizem que as arras contratadas são penitenciais, o que legitima o pedido de indenização a partir da resolução unilateral da apelada.

Maria Helena Diniz, na obra *Curso de direito civil brasileiro*, 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 153-154:

> Havendo mútuo consenso, formar-se-á o contrato e as partes ficarão vinculadas juridicamente, não mais podendo eximir-se do ajuste *ad nutum*. Todavia, a força vinculante da convenção poderá romper-se excepcionalmente, como, p. ex., se houver direito de arrependimento.
> O direito de arrependimento pode estar previsto no próprio contrato, quando os contratantes estipularem, expressamente, que o ajuste será rescindido, mediante declaração unilateral de vontade, se qualquer deles se arrepender de o ter celebrado, sob pena de pagar multa penitencial, devida como uma compensação pecuniária a ser recebida pelo lesado com o arrependimento. O exercício do direito de arrependimento deverá dar-se dentro do prazo convencionado, ou, se não houve estipulação a respeito, antes da execução do contrato, uma vez que o adimplemento deste importará em renúncia tácita àquele direito. O prejudicado com o arrependimento não poderá opor-se à rescisão contratual, pois o direito de arrepender-se já estava assegurado no contrato; assim, bastará que o contratante arrependido pague a multa para exonerar-se do vínculo.
> O direito de arrependimento poderá decorrer de lei, como sucede na hipótese do art. 420 do Código Civil e no caso do art. 49 da Lei nº 8.078/90, que permite, sendo a relação de consumo, ao consumidor a desistência do contrato, dentro de sete dias, contados de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou do serviço, sempre que a contratação do fornecimento se der fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio, sendo os valores pagos devolvidos monetariamente atualizados.
> Nos contratos solenes, que dependem de forma estabelecida em lei, há uma permissão legal para que as partes, antes da sua assinatura, se arrependam validamente, visto que tais convenções só se aperfeiçoam com a observância de todas as formalidades legais. Embora seja permitido por lei o direito de arrepender-se, o arrependido deverá ressarcir o outro de todos os prejuízos causados pelo seu arrependimento, devido à responsabilidade do contratante pela violação da promessa. Esse artigo ressalva a hipótese das arras, dadas em sinal de firmeza do contrato, que podem coexistir com o direito de arrepender-se. Assim, os danos constituirão na guarda das arras dadas ou na sua devolução mais o equivalente, se se convecionaram arras penitenciais (CC, art. 420), ou, ainda, na guarda das arras recebidas, mesmo que não se tenha convencionado o direito de arrependimento (CC, art. 419), proibindo-se, tão-somente, que se pleiteie a cumulação das arras às perdas e danos, na hipótese prevista no art. 420.

Portanto, na hipótese de pagamento das arras, o direito de arrepender-se não está excluído. Aliás, a jurisprudência orienta no sentido de que o direito de arrependimento pode existir implicitamente, não precisando ser estipulado de maneira direta, literal ou expressa no contrato em que uma das partes dá certa soma a título de arras (RT 187/218).

No caso, a apelada arrependeu-se, após constatar a impossibilidade de cumprir a obrigação de 'retirar os invasores que estão ocupando a faixa de domínio do DNIT em frente ao loteamento no prazo de 08 (oito) meses a partir da data do contrato' (cláusula nona, letra 'e'). Tanto é verdade que aos apelantes comunicou a resolução do contrato, colocando à disposição os cheques recebidos e valores consignados (f. 25-27). Assim, resta saber se as arras dadas são confirmatórias ou penitenciais, pois diversa é a solução da lide, conforme uma ou outra.

As arras confirmatórias são dadas em sinal de firmeza do contrato, tornando-o obrigatório e visando impedir o arrependimento de qualquer das partes (*EJSTJ* 12/72 e 23/152).

As arras penitenciais visam o arrependimento (*RT* 470/270 e 493/149), tornando resolúvel o contrato, atenuando-lhe a força obrigatória, mas à custa da perda do sinal dado em benefício da outra parte, se o desistente for quem as deu ou de sua restituição mais o equivalente se aquele que desistiu for quem as recebeu.

Os contratos resolvidos pela apelada contêm obrigação de pagamento de arras penitenciais, isto porque estipulado para o caso de inadimplência dos apelantes a perda do valor equivalente e de mais 10% do valor efetivamente pago (cláusula 13, f. 16 e 21). Ora, implícito o direito de arrependimento da apelada, decerto que aos apelantes, quando exercido, confere igual direito de recebimento das arras e de mais 10% do valor efetivamente pago.

A tese de que as arras pagas são confirmatórias não se coaduna com o direito de arrependimento exercido pela apelada, sequer com o conceito de que corresponde a uma quantia em dinheiro, ou outro bem imóvel, dada por um dos contratantes ao outro, para concluir o contrato e, excepcionalmente, assegurar o cumprimento da obrigação (RT 44/168 e 151/192).

Com tais razões, dou provimento à apelação, para condenar a ré ao pagamento da importância de R$46.510,00 (quarenta e seis mil e quinhentos e dez reais), com correção monetária calculada pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça, a partir do ajuizamento da ação, e juros de mora de 1% ao mês, contados da citação. Condeno a apelada ao pagamento das custas e despesas do processo, custas recursais, e honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOMINGOS COELHO e JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização por dano moral - Estudante - Transporte - Exigência administrativa ilegal - Constituição Federal - Estatuto da Criança e do Adolescente - Violação - Administração Pública - Responsabilidade objetiva - Direito de regresso - Agente público - Legitimidade passiva - Dever de indenizar

Ementa: Constitucional e administrativo. Ação de indenização. Agente público. Possibilidade de ser acionado juntamente com o ente público. Direito de regresso deste. Legitimidade passiva caracterizada. Transporte público escolar municipal. Decreto municipal. Previsão de requisitos para a sua utilização. Adolescente. Certidão negativa de débitos municipais do imóvel em que reside. Proibição de adentrar ao automotor. Desproporcionalidade e desarrazoabilidade. Dano moral. Configuração. Dever de indenizar. Procedência do pedido. Manutenção. Improvimento da irresignação. Inteligência dos arts. 37, § 6º, e 227, ambos da Constituição da República e arts. 4º, 53 e 54, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

- Estabelecendo a Carta Magna o direito de regresso da Administração Pública em relação ao ato ilícito praticado pelo agente público, nada está a impedir que o administrado acione ambos diretamente, o que está a caracterizar a legitimidade passiva do causador do dano.

- Caracterizada a responsabilidade objetiva do ente público, bem como a subjetiva do causador do *eventus damni*, a eles deve ser imposto o dever de indenizar pelos danos morais sofridos pelo autor, notadamente quando este é impedido de se utilizar de transporte público escolar municipal, por não estar de posse de certidão negativa de débitos do imóvel onde reside, requisito desarrazoado e desproprocional para a utilização de um serviço público essencial e relativo à proteção da criança e do adolescente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0625.07.070859-3/001 - Comarca de São João Del-Rei - Apelantes: Município de Ritápolis e outro - Apelado: P.H.S., representado por seu pai S.M.S. - Relator: DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2009. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Cuida-se de apelação interposta pelo Município de Ritápolis e Antônio Ronato de Melo, Prefeito Municipal, em face da sentença de f. 134/138-TJ, lançada nestes autos de ação de indenização por danos morais que está a lhe mover P.H.S., representado por seu pai, S.M.S., que julgou procedente o pedido inicial, "para condenar os requeridos a indenizarem o requerente, a título de danos morais, na importância de R$ 4.200,00, atualizados monetariamente a partir da publicação desta sentença e acrescidos de juros legais na base de 1% ao mês" (*litteris,* f. 138-TJ), além de lhes impor o adimplemento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Objetivam a reforma da sentença.

Para tanto, sustentam, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Chefe do Poder Executivo Municipal para figurar no polo passivo da lide em comento, ao fundamento de que "é inadmissível que o requerente, ora recorrido, prontamente inclua o agente no polo passivo da lide, uma vez que a responsabilidade do agente deve ser necessariamente de regresso, ou haja denunciação da lide por parte da Municipalidade" *(litteris*, f. 150-TJ) e, quanto ao mérito, que não restaram demonstrados os requisitos necessários para a configuração do dever de indenizar, tendo o evento se dado por culpa exclusiva da vítima, "mediante sua omissão em atender ao decreto municipal" (f. 154-TJ), consistente na realização de cadastramento para fazer jus ao transporte público escolar gratuito, daí a caracterizar a improcedência do pleito exordial, tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de f. 146/155-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Analiso, de início, a prefacial de ilegitimidade passiva arguida pelos recorrentes, no sentido da exclusão do polo passivo da lide do Prefeito Municipal de Ritápolis.

Não se descura que a Constituição da República de 1988, em seu art. 37, § 6º, estabelece que a responsabilidade dos entes públicos é objetiva, "assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa", conforme consigna a parte final do aludido dispositivo constitucional.

Com isso, nada está a impedir que o administrado, ao alegar a ocorrência de dano ocasionado pela Administração Pública, inclua no polo passivo da demanda o agente público que o praticou, sendo, contudo, a responsabilidade a ele imputada de natureza subjetiva, ou seja, deve ser comprovada culpa ou dolo pela consumação do evento danoso, já que o próprio Texto Constitucional assegura o direito de regresso em relação à conduta por ele praticada.

Nesse sentido, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal, como se vê dos arestos adiante colacionados:

> O fato de a Constituição garantir o direito de uma ação, em que a prova de culpa é dispensável e o pagamento assegurado pelas forças do erário não priva o lesado da opção de agir diretamente contra o funcionário, culpado e solvável, em busca de um procedimento mais expedito de execução. Ao servidor público, nenhum interesse legítimo se lhe atinge, porquanto estaria sujeito, de outro modo, a suportar a ação regressiva, faculdade do Estado, indisponível pelo administrador (RE nº 105.157/SP - Rel. Min. Octavio Gallotti - j. em 20.09.85 - *DJ* de 18.10.85).

> [...] a responsabilidade objetiva do Estado pelos prejuízos causados por seus agentes não afasta o direito que tem o prejudicado de postular a necessária reparação diretamente do funcionário que causou o dano (RE nº 99.214/RJ - Rel. Min. Moreira Alves - j. em 22.03.83 - *DJ* de 20.05.83).

Portanto, como se sabe, a legitimidade processual diz respeito aos sujeitos da lide envolvidos com a pretensão postulada, como assim é do escólio do Processualista Humberto Theodoro Júnior, segundo o qual:

> Dessarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão (*Curso de direito processual civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 57).

No caso em debate, em que se discute a ocorrência de danos morais causados pela conduta praticada pelos requeridos, e prevendo a Constituição Federal a possibilidade de o agente público ser responsabilizado pelo evento danoso, flagrante é a legitimidade deste para figurar no polo passivo da lide.

Rejeito, pois, a preliminar.

Circa meritum causae, ao que se deflui destes autos, foi editado o Decreto Municipal nº 1.294, de 20.04.07, que dispõe em seu art. 1º, que:

> Art. 1º O estudante residente no Município para utilizar o transporte escolar deverá proceder o cadastramento junto ao Departamento Municipal de Educação, com apresentação de cópias xerográficas dos seguintes documentos:
> I - comprovante de residência;
> II - comprovante de matrícula escolar;
> III - CPF e identidade.

> Parágrafo único. Além dos documentos mencionados neste artigo, o estudante deverá apresentar certidão negativa de débitos municipais referente ao imóvel comprovado no inciso I.

Segundo afirmado pelo autor, no dia 14.05.07, com 17 (dezessete) anos de idade, quando se dirigia ao ponto de ônibus para pegar o transporte público escolar, foi impedido de embarcar no automotor, por não estar de posse da certidão negativa de débitos municipais do imóvel onde reside, descrita no parágrafo único do art. 1º do Decreto Municipal nº 1.294/07.

Alega que a atitude praticada lhe ocasionou "um enorme constrangimento, pois tinham outros estudantes dentro do ônibus que vieram ser impedido de entrar no ônibus, além de ter perdido a aula" (*litteris,* f. 04-TJ), sendo que tal fato foi lavrado em boletim de ocorrência (f. 14/15-TJ).

Por sua vez, o digno Magistrado de origem, por entender ter restado configurado o ato ilícito praticado pelos requeridos, consistente na edição de decreto municipal com conteúdo desarrazoado, bem como na conduta ilícita praticada pelo agente público, condenou-os ao pagamento da quantia de R$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais), a título de danos morais suportados pelo requerente.

A responsabilidade do Município, nos termos do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República, é objetiva, visto tratar-se de entidade que exerce função essencial do Estado, isto é, transporte público municipal, assumindo o caráter de direitos e deveres inerentes à Administração Pública, devendo responder por danos que seus agentes causarem a terceiros, independentemente de dolo ou culpa.

Incumbe reproduzir a orientação de Celso Antônio Bandeira de Mello, relembrando que, embora o dano possa efetivamente resultar de dupla causação, a culpa do lesado - invocada, com frequência, para elidir a responsabilidade patrimonial do Estado, "não é - em si mesma - causa excludente", segundo o qual:

> Hipótese haverá em que o dano lesivo seja fruto da ação conjunta do Estado e do lesado, concorrendo ambos para a geração do evento danoso. Ainda aqui não haverá falar em excludente de responsabilidade estatal. Haverá, sim, atenuação do *quantum* indenizatório, a ser decidido na proporção em que cada qual haja participado para a proporção do evento. [...] Nos casos de responsabilidade objetiva, o Estado só se exime de responder, se faltar o nexo causal entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Em suma: realizados os pressupostos da responsabilidade objetiva, não há evasão possível (*Curso de direito administrativo*, 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 947-948).

Assevera, ainda, o Mestre do direito administrativo, que:

> Tudo se resolverá, sempre, por investigar-se se houve ou se faltou nexo causal entre a atuação do Estado e o dano sofrido. A perquirição é que será mais apurada nos casos obscuros, mas seu objeto é o mesmo: verificar se a lesão foi ou não determinada pelo comportamento do Estado (*op. cit.*, p. 948).

De fato, a responsabilidade pela reparação de evento danoso praticado pelo Poder Público ou por seus delegados é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, do Texto Constitucional, bastando, para tanto, a demonstração do nexo causal entre o fato lesivo e o dano, nos termos da doutrina do saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

> Para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum* da indenização (*Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 627).

Sobre o tema, o ilustre Constitucionalista e componente deste eg. Sodalício, Des. Kildare Gonçalves Carvalho, preleciona que:

> [...]
> III - princípio da responsabilidade civil da Administração, que figura no § 6º do art. 37, com a seguinte redação:
> 'As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa'.
> Trata-se de responsabilidade objetiva da Administração com base na doutrina do risco administrativo, não estando o prejudicado obrigado a provar a ocorrência de dolo ou culpa do agente causador do dano, bastando a existência de nexo causal entre a ação ou omissão e o resultado danoso. A Administração poderá eximir-se da obrigação de indenizar, caso prove que houve culpa exclusiva do terceiro. Haverá ação regressiva contra o agente causador do dano, se demonstrar a Administração que o mesmo agiu com dolo ou culpa. Observe-se que a norma constitucional alargou a incidência da obrigação de indenizar da Administração, incluindo os danos provocados pelas pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, tais como as empresas concessionárias ou permissionárias (art. 175) (*Curso de direito constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 821).

Vê-se, portanto, que ao autor caberia a demonstração inequívoca de que o primeiro requerido, Município de Ritápolis, teria praticado o evento danoso, bastando-lhe, apenas e tão somente, comprovar três ele-

mentos: a) a ação administrativa; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o dano e a ação administrativa.

In casu, restaram verificados os requisitos necessários à comprovação do ato ilícito praticado, ou seja, a edição de um Decreto Municipal, estabelecendo requisitos desproporcionais à prestação de serviço público, consistente na realização de transporte escolar para as pessoas de baixa renda, violando não só a Constituição da República (art. 227), bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 4º, 53 e 54), que impõe ao Estado a obrigação de velar pela educação do adolescente, bem como a conduta dolosa praticada pelo agente público, causadora do fato.

É que não se pode aquiescer com a obrigatoriedade imposta a um adolescente de toda vez que se utilizar de transporte escolar público ter de apresentar certidão negativa de débitos do imóvel onde reside, requisito totalmente desproporcional, o que leva a configurar, também, a responsabilidade do agente público pela ocorrência do evento. Ao não permitir que o autor adentrasse ao ônibus, agiu com dolo na verificação de um resultado, qual seja a humilhação do aluno na presença de outras crianças/adolescentes.

Com isso, nada mais justo que seja imposto aos recorrentes o dever de indenizar o apelado em danos morais, no importe de R$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais), quantia que, aliás, se mostra até mesmo ínfima, na espécie, devendo, contudo, ser mantida, visto que não foi almejada sua majoração, sob pena *de reformatio in pejus*.

É de se salientar, ainda, que a situação retratada neste processo é tão ridícula, assim me permito dizer, à consideração de que, como sustentado pelo digno Magistrado de origem, que "a justificativa dos requeridos de que tal norma foi elaborada com vistas a estimular a arrecadação de tributos, frente ao que dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal" *(litteris*, f. 137-TJ).

O que se estimulou, em verdade, foi o desrespeito às regras de proteção à criança e ao adolescente, previstas não só no Texto Constitucional, como também no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo totalmente descabidas as condições constantes do aludido decreto municipal para a realização de transporte público escolar gratuito, devendo, em consequência, ser mantida a bem lançada sentença de origem, da lavra do culto e operoso Juiz Hélio Martins Costa, a impor sua manutenção, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com tais considerações, rejeito a preliminar e nego provimento à apelação interposta, arcando os apelantes com o pagamento das custas recursais respectivas, visto que efetuaram seu preparo.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA ELZA e NEPOMUCENO SILVA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Despejo - Cobrança - Cumulação de ações - Benfeitorias no imóvel - Indenização - Cláusula contratual de exoneração do locador - Produção de prova pericial - Expedição de ofício à Receita Federal - Comprovação da propriedade do imóvel - Desnecessidade

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de despejo. Produção de prova pericial para apurar benfeitorias no imóvel locado. Desnecessidade. Cláusula contratual de exoneração do locador, pela indenização de benfeitorias realizadas. Expedição de ofício à Receita Federal. Desnecessidade de comprovação da propriedade do imóvel. Recurso provido.

- Não se mostra necessária a realização da perícia de engenharia para a apuração do valor das benfeitorias empreendidas no imóvel, vez que o contrato de locação prevê a exoneração do locador do dever de indenização por eventuais benfeitorias edificadas no imóvel locado.

- A propriedade do imóvel é desnecessária para a comprovação da relação *ex locato*. Observe-se que, tratando-se de ação de despejo, basta, para que se configure a legitimidade do autor, a prova de sua condição de locador e, não, que o locador seja, necessariamente, o dono do imóvel.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.08.124356-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Transoto Transportes Ltda. ME (Microempresa) - Agravado: Maria Tereza Ferreira - Relator: DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de março de 2009. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Cuida a espécie de agravo de instrumento aviado por Transoto

Transportes Ltda. - ME, contra a decisão interlocutória trasladada à f. 88, TJ, proferida nos autos da ação de despejo c/c cobrança, ajuizada em desfavor de Maria Tereza Ferreira. Na decisão hostilizada, o Juiz *a quo* determinou a expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal, para que fornecesse as últimas cinco declarações de Imposto de Renda da parte agravante, bem como a realização da prova pericial de engenharia para avaliar as benfeitorias realizadas no imóvel locado.

Relata a agravante que move contra a agravada uma ação de despejo, cumulada com cobrança de aluguéis, lastreada em contrato de locação comercial por prazo indeterminado.

Afirma que a agravada requereu, em especificação de provas, a quebra do sigilo fiscal da agravante, com a apresentação, pela Receita Federal, das suas últimas cinco declarações de imposto de renda, ao fundamento de que é necessária tal prova para constatar se a agravante vinha ou não recebendo os aluguéis do contrato de locação em discussão e seu valor. A recorrente defende que apenas pode ser quebrado o sigilo fiscal de qualquer cidadão para proteger um interesse público ou, excepcionalmente, quando a prova a ser produzida se mostra imprescindível e insubstituível para o deslinde da controvérsia.

No que tange à prova pericial de engenharia, requerida pela agravada com o intuito de avaliar as alegadas benfeitorias por ela construídas no imóvel, sustenta a agravante ser desnecessária a produção da referida prova, visto que a cláusula nona do contrato de locação proíbe a construção de benfeitorias, deixando de reconhecer qualquer direito de retenção ou indenização ao locatário que não observe tal cláusula. Daí, segundo a agravante, emerge com clareza a desnecessidade da prova pericial de constatação e avaliação das benfeitorias, por serem inúteis ao desate da lide.

Por último, pugnou pela atribuição do efeito suspensivo ao recurso e, quando do julgamento, o seu provimento, para que seja reformada a decisão hostilizada e indeferida a produção da prova pericial de engenharia, bem como recolhidos ou cancelados os ofícios expedidos à Receita Federal.

O agravo foi recebido no duplo efeito (f. 95-96-TJ), e o Magistrado primevo informou a mantença da decisão recorrida (f. 102-TJ).

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta (f. 104-113-TJ). Assevera que, nos autos da ação de despejo, travou-se discussão acerca da validade, ou não, do contrato de locação, já que nele constou expressamente ser a agravante a proprietária do imóvel, fato que induziu a agravada em erro ao celebrar o contrato, visto que a recorrente/locadora não é a dona do bem. Assim, diante do erro e da simulação, indica a invalidade da cláusula que não permite a retenção por benfeitorias. Por esse motivo, defende a agravada a realização da perícia de engenharia, a fim de apurar o valor das benfeitorias construídas no imóvel locado.

Acerca do pedido de expedição de ofício à Receita Federal, sustenta a agravada ter

> o justo direito, como prova dos fatos modificativos e extintivos do direito postulado na ação de cobrança, de exigir a juntada das declarações de renda da recorrente no período não cobrado, exatamente para provar que não é devido o valor cobrado na exordial (f. 109-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cinge-se o presente recurso à apreciação da decisão que determinou a expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal, para que fornecesse as últimas cinco declarações de Imposto de Renda da parte agravante/autora, bem como a realização da prova pericial de engenharia, a fim de avaliar as benfeitorias realizadas no imóvel locado.

Entretanto, não há utilidade da prova pericial de engenharia, requerida pela agravada, conforme se verá.

A Lei nº. 8.245/91, que regulamenta as locações urbanas, contém disposições atinentes às benfeitorias, em seus arts. 35 e 36:

> Art. 35. Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção.
>
> Art. 36. As benfeitorias voluptuárias não serão indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que sua retirada não afete a estrutura e a substância do imóvel.

Em escorço aos citados dispositivos, doutrina Sílvio de Salvo Venosa:

> Benfeitorias são obras ou despesas feitas na coisa, para o fim de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la. São obras, produtos do trabalho do homem. Excluem-se de sua noção os acréscimos naturais que pode sofrer a coisa.
> [...]
> O sistema de benfeitorias na locação não difere, como regra geral, do sistema civil. O locatário que está de boa-fé tem direito à retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis, podendo levantar as voluptuárias, desde que esse levantamento não prejudique o imóvel (sua estrutura e substância, como diz a Lei).
> É mais detalhada a presente lei. Atendendo a orientação jurisprudencial, a lei dispõe que, quando existe cláusula expressa no contrato negando qualquer indenização a qualquer classe de benfeitoria, assim como o direito de retenção, essa avença é válida. Só pode reter quem tem direito à indenização. O direito de retenção é meio procedimental de garantir o cumprimento de uma obrigação. É meio de defesa do credor que deve restituir uma coisa. No caso, o credor é o locatário que tem o direito de ser ressarcido pelos melhoramentos realizados no prédio. Se o contrato exclui qualquer indenização, inclusive pelas benfeitorias necessárias, não haverá, pois, direito de retenção (*Lei do inquilinato comentada*: *doutrina e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.173-176).

Compulsando os autos, verifico que, no contrato de locação firmado entre as partes agravante e agravada, no qual se funda a ação de despejo (f. 23-26-TJ), há renúncia expressa da locatária, no caso, a agravada, ao direito de ressarcimento pelas benfeitorias, modificações ou construções edificadas no imóvel locado. Confira o conteúdo da cláusula 9ª - Benfeitorias, Modificações e Construções:

> É defeso à locatária, sob pena de rescisão da locação, fazer no imóvel e em suas dependências, quaisquer benfeitorias ou alterações sem prévio consentimento escrito da locadora. Se apesar desta proibição a locatária, infringindo esta cláusula, introduzir no imóvel benfeitoria, modificação ou construção, quer sejam elas necessárias, úteis ou voluptuárias, as mesmas aderirão ao imóvel, salvo se convier a locadora a restituição do mesmo estado anterior. A locatária renuncia, expressamente, ao direito de indenização e retenção pelas eventuais benfeitorias que venham a realizar no imóvel, ainda que tenham sido autorizadas pela locadora (f. 25-26-TJ).

Assim, diante dessa disposição, a locadora/ agravante exonerou-se do dever de indenização e, em consequência, despiu a locatária/agravada do direito de retenção do imóvel, pelas benfeitorias nele empreendidas.

Sylvio Capanema de Souza deixa claro que, atualmente, é válida a cláusula exonerativa da indenização:

> Já se constituiu um costume do mercado a inclusão, nos contratos de locação, de uma cláusula expressa, que incorpora ao imóvel toda obra ou benfeitoria realizada pelo locatário, qualquer que seja a sua natureza, sem que tenha ele direito à indenização ou retenção.
> Exonera-se, assim, o locador do dever de indenização, até mesmo em se tratando de benfeitorias necessárias.
> A validade de tal disposição contratual sempre suscitou as mais ferrenhas discussões, quer no campo da doutrina, quer na construção pretoriana.
> [...]
> A lei anterior era omissa a respeito da validade da cláusula exonerativa da indenização, o que deu origem a uma jurisprudência bastante divergente.
> [...]
> Ocorre que a lei atual enfrentou o tema, espancando, de vez, a controvérsia, ao estabelecer que as benfeitorias necessárias e úteis, desde que autorizadas, são indenizáveis, 'salvo expressa disposição em contrário'.
> Logo, validaram-se as cláusulas exonerativas de indenização, desde que expressas.
> Caberia ao locatário, como é óbvio, e em ação própria, de rito ordinário, tentar anular a cláusula, alegando a existência de vício de consentimento, cabendo-lhe o ônus da prova.
> Mas se a cláusula resultou do livre consenso das partes, produzirá o efeito por elas colimado, não mais se justificando a discussão quanto à sua validade, diante da nova redação do art. 35 (*Da locação do imóvel urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 227-228).

Nesse sentido, as seguintes decisões:

> Apelação cível - Ação de cobrança de aluguéis e encargos - Benfeitorias - Indenização - Cláusula contratual.
> - O direito de indenização por benfeitorias pode ser objeto de renúncia, em contrato, nos termos do art. 35 da Lei n.º 8.245/91.
> - Se o contrato de locação prevê que qualquer obra realizada, ainda que autorizada, será incorporada ao imóvel, não tem o locatário direito à indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel (TJMG, 14ª C. Cível, Ap. Cível nº 2.0000. 00.495446-1/000, Rel. Des. Elias Camilo, j. em 25.08.05, p. em 10.09.05).

> Locação - Direito de indenização por benfeitorias - Eficácia de cláusula de renúncia - Súmula nº 335/STJ - Inexistência do caráter de indispensabilidade e urgência dos reparos - Reexame de prova - Súmula nº 7/STJ.
> 1. A legislação de regência prevê a possibilidade de indenização ao locatário pelas benfeitorias necessárias realizadas no imóvel.
> No entanto, ressalva a existência de disposição contratual em contrário.
> 2. Nesses casos, a jurisprudência desta Corte já pacificou o entendimento de ser eficaz a cláusula que estipula a renúncia ao direito de indenização pelas benfeitorias executadas sem consentimento do locador, a teor do disposto no Enunciado nº 335 de nossa Súmula.
> [...]
> 4. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag 961.157/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, j. em 18.03.08, *DJe* de 07.04.08).

Acerca da legalidade da cláusula contratual, que exime o locador de indenizar o locatário pelas benfeitorias, sejam elas úteis ou necessárias, enuncia a Súmula nº. 335, do STJ 'nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção'.

Dessarte, considerando que a cláusula 9ª do contrato de locação objeto da ação de despejo afasta qualquer direito da agravada à retenção ou à indenização por benfeitorias realizadas no imóvel, não há razão para se produzir a prova pericial de engenharia, cujo escopo seria a apuração e valoração das benfeitorias empreendidas no referido imóvel (f. 84 e 87-TJ).

Insta registrar que o contrato objeto da ação de despejo é aquele firmado entre as partes agravante e agravada, tornando-se desimportante, no momento, examinar as cláusulas estipuladas nos contratos de locação firmados entre terceiros supostamente adquirentes do imóvel e a agravada. Contudo, mesmo que assim não se considere, é de se notar que também nos pactos celebrados entre a agravada e terceiros existe a cláusula de exoneração dos locadores do dever de indenização pelas benfeitorias empreendidas no imóvel (cláusula 13, f. 56-57-TJ).

Por último, no que tange ao pedido de envio de ofício à Receita Federal, postulado pela agravada, com o intuito de verificar o lançamento dos valores relativos aos recebimentos de aluguéis e a propriedade do imóvel locado (f. 84 e 87-TJ), entendo que não merece prosperar, visto que a agravada dispõe de outros meios

hábeis a comprovar tais fatos, *verbi gratia* com a exibição de documentos e recibos.

Cumpre ressaltar que a propriedade do imóvel é desnecessária para a comprovação da relação *ex locato*. Observe-se que, tratando-se de ação de despejo, basta, para que se configure a legitimidade do autor, a comprovação de sua condição de locador, o que, pelo menos em princípio, foi feito, através do contrato de f. 23-26-TJ. Nesse sentido:

> Agravo de instrumento. Despejo. Discussão da propriedade do imóvel. Desnecessidade. - A legitimidade ativa para a ação de despejo provém da relação *ex locato*, não havendo necessidade de demonstrar a propriedade do imóvel locado, por se tratar, a locação, de atos de administração que transfere uso e gozo e não o domínio. A discussão da propriedade do imóvel deve ser feita em ação própria. Na ação de despejo, a discussão restringe-se à relação *ex locato* (AI nº. 2.0000.00.514705-9/000, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, j. em 25.08.05).
>
> Despejo. Imóvel comercial. Denúncia vazia. Julgamento antecipado da lide. Pertinência. Prova da propriedade. Irrelevância. Retenção do imóvel por benfeitorias. Art. 35 da Lei nº 8.245/9. Prevalência de cláusula contratual
> [...] Desnecessária a prova da propriedade, pois, a ação de despejo tem natureza pessoal imobiliária. Havendo cláusula contratual que exclui o direito à indenização por benfeitorias não autorizadas expressamente (por escrito) pelo locador, justifica-se o indeferimento do pedido de retenção do imóvel com essa finalidade (AI 1.0145.06.293498-2/001, Rel. Des. Francisco Kupidlowski, j. em 08.02.2007).
>
> Ação de despejo. Prova de propriedade do imóvel. Desnecessidade. - Está legitimado para locar todo aquele que tem o uso e gozo da coisa, ainda que não seja proprietário (TAMG, 6ª Câm. Cível, Ap. Cível nº 352.477-0, Rel. Juiz Dárcio Lopardi Mendes, j. em 14.3.2002).
>
> Despejo. Prova de propriedade. Desnecessidade. - O autor da ação de despejo não precisa ser necessariamente proprietário do imóvel locado, porque a locação é relação de direito pessoal, e a Lei do Inquilinato regula as hipóteses excepcionais em que tal exigência se faz presente (art. 47, § 2º, e art. 60, da Lei nº 8245/91) (2º TACiv-SP, 10ª Câmara, Ap. nº 616.771-00/9, Rel. Juiz Marcos Martins, j. em 30.07.01).

Com tais razões de decidir, dou provimento ao agravo, a fim de indeferir o pedido de realização da perícia de engenharia, bem como a expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal, ordenando o cancelamento destes, caso já enviados.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com Relator os DESEMBARGADORES IRMAR FERREIRA CAMPOS e LUCIANO PINTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação civil pública - Parceria público-privada - Concessão administrativa - Complexo penal - Construção e gestão - Suspensão do certame - Requerimento de liminar - Princípio do livre convencimento motivado do juiz - *Fumus boni iuris* - Ausência - Liminar indeferida - Decisão confirmada

Ementa: Ação civil pública. Parceria público-privada. Concessão administrativa. Construção e gestão de complexo penal. Requerimento de liminar, para suspensão do certame. Princípio do livre convencimento motivado do juiz. Ausência do requisito do *fumus boni iuris*. Liminar indeferida. Decisão confirmada. Recurso desprovido.

- Se da análise conjunta das particularidades do caso concreto e da disciplina relativa ao instituto da parceria público-privada nada se extrai, em princípio, acerca da suposta irregularidade do certame em questão, para a construção e gestão de complexo penitenciário, forçoso é reconhecer que resta ausente o requisito da "plausibilidade do direito invocado", desautorizando a concessão de medida liminar.

Agravo desprovido. Decisão confirmada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.08.135073-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: Estado de Minas Gerais - 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 REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2009. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do il. Juiz *a quo*, de f. 56/60-TJ, que indeferiu o pedido de concessão de liminar nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público estadual, reputando ausentes os requisitos necessários.

O Ministério Público requerera fosse determinado ao Estado de Minas Gerais, liminarmente, que se abstivesse de homologar a licitação regulada pelo Edital Seds 01/2008, de adjudicar o respectivo objeto e de

contratar empresa privada para estabelecimento de parceria público-privada destinada à exploração econômico-comercial de penitenciária no Estado, sob pena de multa diária de R$ 100.000,00 (cem mil reais), até final julgamento da ação.

Inconformado com a decisão que indeferiu o seu pedido, o agravante sustenta, em síntese, que:

1. o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão federal vinculado ao Ministério da Justiça, exarou a Resolução nº 8/2002, dotada de força normativa, recomendando a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do sistema penitenciário, razão pela qual a contratação de parceiro privado, por meio do edital licitatório em comento, para construção e gestão de penitenciária estadual, representa ofensa ao ordenamento jurídico vigente;

2. os serviços de guarda, carceragem, administração, assistência jurídica, assistência social, serviços médicos, dentre outros, ligados diretamente à execução penal, afiguram-se indelegáveis, impassíveis de contratação mediante parceria público-privada, a teor do art. 4º, III, da Lei Federal nº 11.079/04, por constituírem atos típicos do exercício do poder de polícia estatal;

3. a gestão do estabelecimento, nos termos do edital, ficará a cargo, quase inteiramente, da concessionária, ficando reservada ao gestor público apenas a orientação, fiscalização e supervisão dos atos relativos à execução penal;

4. o agente público a atuar na penitenciária será escolhido dentre os indicados em lista quíntupla elaborada pela própria concessionária, o que revela que todo o funcionamento do complexo, incluindo os atos de cumprimento da pena, será pautado pelos interesses do parceiro privado;

5. o princípio da individualização da pena, garantia individual do condenado, restará comprometido, uma vez que, dentre os encargos da concessionária, incluem-se a elaboração de exames criminológicos, a investigação disciplinar dos encarcerados e a realização de perfil psicológico dos mesmos;

6. a exploração dos serviços de execução penal no presídio consistirá em atividade econômica lucrativa, tendo em vista que a remuneração da concessionária terá como variáveis o número de vagas disponibilizadas e o número de vagas ocupadas, comprometendo, dessarte, metas de interesse público como o da redução da criminalidade;

7. o fornecimento de mão de obra pela empresa privada, contratada para a prestação dos serviços dentro do complexo penitenciário, representa burla ao princípio do concurso público, preconizado no art. 37, II, da CR.

Pugna, portanto, pelo provimento do recurso, para se deferir a liminar requerida.

À f. 689-TJ, indeferi o pedido de concessão de tutela antecipada recursal, por não vislumbrar a indispensável relevância das razões recursais, em confronto com a decisão agravada, bem como por não reputar presente, naquele momento, o risco de dano grave ou de difícil reparação.

Devidamente intimado, o agravado, Estado de Minas Gerais, apresentou resposta ao recurso, pugnando pelo seu desprovimento (f. 692/701-TJ).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o ilustre representante do Ministério Público, Dr. Geraldo de Faria Martins da Costa, apresentou parecer às f. 723/726-TJ, opinando pelo provimento do recurso.

Preliminar.

Alega o agravado, à f. 694-TJ, que o agravante não cumpriu a determinação contida no art. 524, III, do CPC, uma vez que não constam da petição recursal o nome e o endereço do Procurador do Estado que representa o Estado de Minas Gerais no feito. Pugna, portanto, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso, ante a ausência do pressuposto de admissibilidade.

A preliminar não prospera, *data venia*.

Com efeito, da simples análise da alegação, verifica-se a ausência de qualquer prejuízo à defesa do agravado, que apresentou, a tempo e modo, contraminuta ao recurso. Assim, cumprido o escopo da norma, não há que se falar em negativa de seguimento ao recurso.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Conheço do recurso, pois presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Mérito.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, objetivando a reforma da decisão primeva, que indeferiu o seu pedido de concessão de medida liminar, por meio da qual pretendia fosse determinado ao Estado de Minas Gerais que se abstivesse de homologar a licitação regulada pelo Edital Seds 01/2008, de adjudicar o respectivo objeto e de contratar empresa privada para estabelecimento de parceria público-privada destinada à exploração econômico-comercial de penitenciária no Estado, sob pena de multa diária de R$ 100.000,00 (cem mil reais), até final julgamento da ação.

Com efeito, para a concessão da medida pretendida, hão de estar caracterizados nos autos os requisitos do *fumus boni iuris* - plausibilidade do direito invocado - e do *periculum in mora* - perigo de dano.

Nessa orientação, tenho que o pedido do agravante não merece acolhida, *data maxima venia*, visto que ausentes os referidos pressupostos.

Antes de adentrar, contudo, no cerne da questão, vale destacar que o caso em exame contém controvertido tema, marcado por constante agitação política e jurídica.

Trava-se um debate entre os defensores da aplicação do modelo da parceria público- privada no âmbito do sistema prisional - argumentando, em suma, a "falta de disponibilidade de recursos financeiros" do

Estado para investir em infraestrutura carcerária e a eficiência da gestão do setor privado" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 346) -, e os que rechaçam a hipótese, invocando os seus riscos, seus problemas e sua alegada inadequação, frente a princípios constitucionais.

Trata-se, portanto, de matéria complexa e abrangente, cujos desdobramentos alcançam não só a seara jurídica, mas também política e social.

Sendo assim, há de se advertir que, no presente momento, em sede de agravo de instrumento abordando pedido de liminar em ação civil pública, o exame da questão deverá observar limites, de modo a conduzir apenas a um juízo de probabilidade e de verossimilhança, ajustado, portanto, à tutela antecipatória pretendida.

Caso contrário, pode-se chegar a admitir, precocemente, uma situação jurídica que requer análise mais detalhada e minuciosa, a ser obtida após estudo aprofundado do caso.

Feitas essas observações, passo aos argumentos trazidos pelo recorrente.

a. Resolução nº 08, do Conselho Nacional de Política Criminal e Previdenciária.

Aduz o agravante que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária exarou a Resolução nº 8/2002, dotada de força normativa, recomendando a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do sistema penitenciário, razão pela qual a contratação de parceiro privado, por meio do edital licitatório em comento, para construção e gestão de penitenciária estadual, representa ofensa ao ordenamento jurídico vigente.

Pois bem.

Como é cediço, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária é o primeiro dos órgãos da execução penal, vinculado ao Ministério da Justiça.

Incumbe-lhe, dentre outros, propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança e contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária (art. 64, I e II, da Lei de Execuções Penais, nº 7.210/84).

À vista disso é que o referido órgão recomendou, por meio da Resolução nº 08/2002, a rejeição de propostas tendentes à privatização do sistema penitenciário brasileiro. Todavia, há de se ter em mira que "resoluções não são leis, em sentido estrito. Não emanam do Poder Legislativo. Tampouco são atos judiciais. Não emanam do Poder Judiciário", na lição do Professor Brunello Stancioli (*Direitos fundamentais e questões éticas na pesquisa com seres humanos*. Disponível em: <http://www.ufmg.br/bioetica/trabalhos/Direitosfundamentaisequestoeseticas-Brunellostancioli.doc>. Acesso em: 29 jan. 2009).

Inclusive, os termos acima sugerem que o tom de imperatividade da resolução não coincide, propriamente, com o das leis, em sentido estrito.

E prossegue o professor:

> Resoluções são atos administrativos normativos, que visam à correta aplicação da lei. Na verdade, seu objetivo é explicitar a correta aplicação da legislação pertinente, a ser observada pela Administração Pública e pelos administrados. Assim, sua força vinculante tem matriz em leis (em sentido estrito) e, fundamentalmente, na Constituição da República.

Tem-se, portanto, que a resolução ora posta deve ser examinada à luz dos preceitos constitucionais e legais, uma vez que tem "cogência (obrigatoriedade) derivada da Constituição da República e de leis ordinárias. Portanto, seus fundamentos devem ser buscados na Constituição e nessas leis correlatas [...]" (*Direitos fundamentais e questões éticas na pesquisa com seres humanos*. Disponível em: <http://www.ufmg.br/bioetica/trabalhos/Direitosfundamentaisequestoeseticas-Brunellostancioli.doc>. Acesso em: 29 jan. 2009).

Sendo assim, se a parceria público-privada em tela, para a construção e gestão do complexo penal no Estado de Minas Gerais, apresentar-se em harmonia com o ordenamento jurídico, revelando-se compatível com os preceitos constitucionais e com a legislação pertinente, forçoso será reconhecer que a resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária não representa óbice legal à sua implantação.

Com isso, entendo que, em princípio, o argumento do agravante, segundo o qual o edital da concessão em questão se encontra eivado de ilegalidade por não respeitar a recomendação contida na resolução, não merece acolhida, uma vez que, se o modelo de PPP proposto revelar-se consoante os preceitos da Lei Maior, a previsão contrária da referida resolução não vinculará.

b. Indelegabilidade do exercício do poder de polícia.

Alega o agravante que a prestação de serviços em relação aos presos constitui típico exercício do poder de polícia estatal, razão pela qual o objeto da presente concessão administrativa se afigura indelegável.

Com razão o agravante, no que tange à impossibilidade de se delegarem atividades típicas, inerentes ao Estado, afetas à soberania e à supremacia do Estado e que, por assim serem, são expressamente enunciadas pela Constituição.

Segundo o magistério do Professor Edimur Ferreira de Faria (*Curso de direito administrativo positivo*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997):

> São serviços indelegáveis a prestação jurisdicional, a defesa nacional, a segurança interna, a preservação da saúde pública, a fiscalização e outros que dependam do poder de império ou do poder de polícia para que sejam prestados.

Tal máxima, inclusive, foi contemplada pela Lei 11.079/04 (Lei de PPPs), *in verbis*:

> Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
> [...];
> III - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

Todavia, do exame dos autos, entendo, em princípio, que não se está a conceder, propriamente, o poder de polícia do Estado, mas sim certos atos materiais, que sucedem aos atos jurídicos de polícia.

É que, do exame do edital do certame, não me pareceu, *prima facie*, que o Estado pretende atribuir ao particular o exercício de misteres tipicamente públicos, afetos à liberdade do administrado.

Ao contrário, a concessionária atuará em *longa manus* do poder público, apenas no que se refere aos atos materiais que sucedem ao ato judiciário punitivo, ou seja, apenas no âmbito dos desdobramentos do ato de polícia judiciária, sem inovar e sem decidir, portanto.

É o que deflui, numa primeira análise, do edital, que faz crer que os atos de execução penal, de individualização da pena, concernentes à pretensão punitiva do Estado em geral, cuja prática deve ser reservada, exclusivamente, aos entes dotados de potestade pública (*ius imperii*), não serão conferidos ao parceiro privado, mas ficarão a cargo de agentes públicos, a atuar no estabelecimento.

O "Caderno de Encargos da Concessionária", anexo IX do edital (f. 324 e ss.-TJ), parece confirmar tal entendimento, ao arrolar os misteres do parceiro privado:

- implantação de infraestrutura, serviços de obra e construção relacionados à implantação do complexo penal;

- gestão do complexo, mediante oferecimento de serviços e atividades assistenciais aos detentos, tais como: assistência jurídica; assistência educacional, profissionalizante, cultural e recreativa; atividades desporto-recreativas e artístico-culturais; assistência ao trabalho; assistência médica; assistência social; assistência material; assistência religiosa.

- gestão e operação técnico-administrativa do complexo, mediante implantação de sistemas de segurança e serviços de monitoramento interno e garantia da ordem e disciplina no interior da Unidade Penal.

Do exposto, não identifico, em princípio, exercício de poder de polícia no seio dessas atividades, ainda que se tome o conceito de "poder de polícia" em sua acepção ampla, qual seja "toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais" (in: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 63).

Isso porque, *data venia*, não me parece que tais atividades acarretem contenção de direitos individuais dos detentos, nem mesmo o dever de oferecer sistema de segurança interna e de prestar serviços de monitoramento interno.

Do exame atento do edital, é possível verificar que nem mesmo tais misteres ultrapassam os limites do poder de polícia. É que o diploma cuidou de ressalvar, de forma minudente, que atos de intervenção tipicamente públicos continuariam sob o manto da Administração contratante. Confiram-se alguns trechos nesse sentido:

> A segurança das barreiras físicas (alambrados, muralha etc.) e guaritas, bem como a segurança externa à UNIDADE PENAL, é de responsabilidade da CONTRATANTE, nos termos da legislação vigente (f. 353-TJ).
>
> A CONTRATANTE é a única responsável pela execução da escolta e transporte dos sentenciados para o externo da UNIDADE PENAL (f. 363-TJ).
>
> Os serviços de monitoramento [...] compreendem a manutenção da guarda e do monitoramento para a custódia e para a segurança dos sentenciados no interior de cada *unidade penal*, e devem ser executados conforme disposições legais e regulamentares, observadas as orientações e determinações do *Diretor Público de segurança do complexo penal, ouvido o Subdiretor Público de segurança da Unidade Penal* (f. 354-TJ) (destaquei).
>
> [...] é terminantemente proibido aos funcionários da CONTRATADA, encarregados do monitoramento, o porte de armas de fogo e/ou armas brancas no interior da UNIDADE PENAL (f. 354-TJ).
>
> A CONTRATADA deve [...], no que se refere aos procedimentos de checagem e revista, seguir, no mínimo, *as determinações e orientações emanadas da Seds, bem como submeter-se às auditorias requeridas pela Seds* (f. 356-TJ) (destaquei).

Doutro norte, vejo que também o rol de atribuições do Diretor Público do Complexo Penal conduz ao entendimento supraesposado, uma vez que, conforme se demonstrará, a promoção dos atos de execução penal dos sentenciados, incluindo, por exemplo, a aplicação de penalidades e sanções aos mesmos, ficou, ao que tudo indica, reservada ao agente público.

Veja-se:

> Compete ao DIRETOR PÚBLICO DO COMPLEXO PENAL por meio dos SUBDIRETORES PÚBLICOS DE SEGURANÇA de cada UNIDADE PENAL:
> - promover a execução penal dos sentenciados, em estreita observância às disposições legais e regulamentares, dando cumprimento adequado e tempestivo às determinações judiciais pertinentes;
> - promover, em caráter subsidiário e não conflitante em relação às atribuições da CONTRATADA, medidas de segurança e tratamento para a recuperação social dos sentenciados [...];
> - promover a aplicação de sanções e penalidades aos sentenciados [...];
> - autorizar todo e qualquer remanejamento e movimentação de sentenciados bem como a movimentação interna e externa à UNIDADE PENAL e/ou COMPLEXO PENAL, em qualquer hipótese ou sob qualquer condição;

> - aplicar, em conjunto com a equipe de Segurança, ações de intervenção e técnicas de inteligência clássica e policial na identificação de situações que comprometam a segurança e a ordem [...];
> - orientar, fiscalizar e controlar as atividades e procedimentos desenvolvidos pela CONTRATADA, para a execução do monitoramento interno [...];

Com isso, não vejo como acolher o argumento do agravante, segundo o qual "a gestão do estabelecimento ficará, quase que inteiramente, a cargo da concessionária [...]" (f. 15-TJ). Não é essa a ilação que extraio dos trechos acima destacados, *data venia*.

Por fim, vale destacar a passagem esclarecedora do voto proferido pelo eminente Des. Antônio Carlos Chaves Antero, do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, quando do julgamento de caso versando sobre a matéria ora em questão. Confira-se, *mutatis mutandis*:

> [...] entendo que a terceirização em pauta não atinge a atividade-fim do Estado, já que os serviços são realizados diretamente nas áreas secundárias de limpeza, manutenção, alimentação e outros serviços específicos da atividade-meio, não havendo delegação da atividade-fim, cabendo ao Estado, através dos seus órgãos competentes para a execução penal, o cumprimento da Lei, inclusive no que diz respeito à concessão de benefícios previstos na mesma Lei, tais como a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, fatos que demonstram a existência do comando do Estado na administração da pena e sua execução (Processo nº 00380/2005-006-07-00-5/Recurso ordinário. Disponível em: <http://www.trt7.gov.br/consultaprocessual/index.html>).

Diante do exposto, não vislumbro, ao menos por ora, em sede de cognição sumária, indícios de ilegalidade no certame, no que é pertinente ao objeto da concessão, pelo que reputo ausente, nesse particular, o requisito do *fumus boni iuris*.

c. Supremacia do interesse público.

Assevera o recorrente que a concessão especial envolvendo o sistema penitenciário mineiro representa afronta ao princípio da supremacia do interesse público em face do particular (f. 13-TJ).

Do exame dos autos, contudo, não me convenço da plausibilidade de tal alegação, *concessa venia*. Se não, vejamos.

O princípio da supremacia do interesse público é definido pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello como "interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000).

Em se tratando de parceria público-privada, surgem então questionamentos acerca da possível ameaça que tal modelo de concessão poderia representar ao "interesse público", já que pressupõe uma parceria entre Poder Público e privado na consecução de investimentos em infraestrutura, envolvendo compartilhamento dos riscos, "escolhas negociadas", "fundo garantidor", dentre outros institutos típicos.

Todavia, tenho que tal temor se funda no pressuposto, já superado, de que o interesse público consiste em noção contraposta e antinômica à ideia de interesse privado.

Tal visão é desconstituída pelo Prof. Marçal Justen Filho:

> A PPP representa, por isso, a disposição do Estado de atuar de modo associativo com iniciativa privada. Isso não equivale a negar a competência estatal para proteger o chamado 'interesse público'. Nem é incompatível com a dita 'indisponibilidade do interesse público'. JUSTEN FILHO, Marçal. A PPP brasileira e as lições do passado. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coords.). *Parcerias público-privadas*: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, cap. II.

No mesmo sentido, o Prof. Fernão Justen de Oliveira argumenta:

> [...] identificar o interesse público não requer uma segregação dos interesses pessoais públicos e privados em compartimentos estanques, mas sim, ao contrário, uma conjugação deles. Não se trata de propor aqui a despersonalização da noção de interesse público, o que seria inadequado senão contraditório mesmo, mas sim de rejeitar que o interesse público corresponde ao interesse da pessoa de direito público e de reconhecer que a maior aproximação possível entre essas duas instituições é apenas a semântica. (OLIVEIRA, Fernão Justen de. Parceria público-privada: novos postulados para a Administração Pública brasileira. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coords.). *Parcerias público-privadas*: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, cap. V).

Assim, atento a tais lições e tendo em vista as particularidades do caso concreto ora posto, tenho que, ao menos em princípio, o argumento concernente à inobservância do princípio da supremacia do interesse público pelo certame em análise não merece prosperar.

Nada há nos autos, *data venia*, que conduza ao entendimento sustentado pelo recorrente, pela concessão da medida liminar.

d. Escolha do Diretor Público de Segurança do Complexo Penal.

O recorrente impugna o critério previsto no edital para escolha do Diretor Público de Segurança do Complexo Penal (f. 17-TJ), insurgindo-se contra o fato de a lista quíntupla contendo os indicados ao posto ser elaborada pela própria concessionária.

Todavia, verifico que o edital, nesse ponto, assim ressalvou:

> - a Secretaria de Estado de Defesa Social poderá, caso entenda oportuno e conveniente, definir as qualificações

> mínimas dos profissionais que comporão a lista elaborada pela CONTRATADA;
> - a definição das qualificações mínimas poderá referir-se à experiência mínima em atividades de gestão penitenciária ou a realização de determinados cursos em áreas relacionadas à gestão penitenciária (f. 408-TJ).

Com isso, para a indicação dos candidatos ao cargo de Diretor Público de Segurança do Complexo Penal, a Administração se reservou a faculdade de exigir condições que entender oportunas e convenientes, à vista do interesse público.

Ao que parece, portanto, numa primeira análise, a Administração não concederá livre arbítrio à concessionária, para escolha da lista quíntupla, tal como aduziu o agravante.

Sendo assim, no presente momento, em que se procede a mero juízo de probabilidade e verossimilhança, tal alegação, por si só, não me convence da presença do *fumus boni iuris*, de modo a autorizar a suspensão do certame.

E, como é sabido, em sede de medida liminar, consagra-se o princípio do livre convencimento motivado do juiz, diante da subjetividade envolvida no caso.

A análise aprofundada da questão, portanto, deve ser reservada a momento oportuno, após a necessária cognição do feito, para que não se admita, precocemente, uma situação jurídica que demanda análise mais ampla e exauriente.

e. Burla ao princípio do concurso público.

Aduz o agravante que a presente contratação de empresa privada, em forma de parceria público-privada, para o fornecimento de mão de obra para o exercício de atividades exclusivas do Estado, ainda que por meio de procedimento licitatório, afigura-se ilegal e atentatória ao princípio constitucional do concurso público (f. 19 e ss.-TJ).

Sem razão o agravante, a meu inteligir, *data maxima venia*.

Primeiramente, vale ressaltar que a presente concessão, num exame perfunctório, não tem como único objeto o fornecimento de mão de obra, o que é vedado expressamente pela Lei nº 11.079/2004:

> Art. 2º [...]
> § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:
> [...]
> III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Ao contrário, o objeto do certame *sub judice* abrange a construção e a gestão de complexo penal (vide f. 84-TJ). O fornecimento de mão de obra, segundo se extrai do edital, é apenas um dos elementos que se inclui na referida gestão.

Outrossim, como bem apontou o d. Juiz *a quo*,

> não há, a princípio, desrespeito à exigência de concurso público, visto que delegados apenas os atos materiais à concessionária, não há impedimento à contratação de pessoal diretamente pela gestora do complexo penal (f. 59-TJ).

Afinal, restando reconhecido que as atividades, objeto da concessão em exame, se afiguram delegáveis, significa que sua exploração não é atribuída exclusivamente ao Poder Público, podendo ser, dessa forma, atribuída a terceiros, sem comprometimento da soberania e segurança do Estado.

Logo, se delegáveis as atividades, a concessionária que as assumir, legitimamente, por meio de contrato firmado com a Administração, poderá se submeter a regime privado para a contratação de pessoal para a execução dos serviços, não se sujeitando, portanto, à exigência de concurso público (art. 37, II, CR/88), já que não mais haverá se falar em "cargos" e "empregos públicos".

A propósito:

> Art. 37 [...]
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...].

Ausente, portanto, nesse ponto, o pressuposto da plausibilidade das alegações do autor, ora recorrente.

f. Alegada incompatibilidade do modelo de PPP com a exploração de complexo penitenciário.

Argumenta o agravante que a exploração do sistema carcerário não se mostra compatível com o modelo de parceria público-privada, sob pena de se ferir o princípio constitucional da dignidade humana - uma vez que se admitiria a hipótese de uma empresa privada auferir lucro com a exploração da privação da liberdade humana -, bem como de se comprometer metas de interesse público, como o da redução da criminalidade - visto que o parceiro privado teria interesse no aumento da população carcerária, na medida em que isso representaria maior lucratividade.

Inicialmente, cumpre destacar que não há que se falar em comprometimento de metas de redução da criminalidade, *data venia*.

É que o poder-dever de punir (*jus puniendi*) continuará no domínio do Estado, uma vez que seu exercício legítimo pressupõe soberania estatal. Sendo assim, o Estado continuará, necessariamente, no monopólio da jurisdição criminal, razão pela qual o poder de punir o infrator não estará sujeito a condicionantes, como, por exemplo, a maior lucratividade dos complexos penais submetidos a regime de parceria público-privada. Não há relação de pertinência entre essas duas variáveis, a meu inteligir.

Lado outro, tenho que o argumento da incompatibilidade do modelo de PPP com a exploração de complexo penitenciário, à evidência, extrapola os contornos da disciplina jurídica.

Trata-se de campo fértil para contendas acadêmicas, que se estendem desde o viés político, econômico e jurídico ao eminentemente social.

Não se me afigura adequado, portanto, no presente momento, adentrar nas polêmicas que permeiam a questão, ou se teria de remontar até mesmo às bases doutrinárias da chamada fase de "reforma" por que vem passando a Administração Pública (sobre o tema: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39), até se chegar a uma conclusão crítica a respeito das vantagens e desvantagens da proposta de PPPs para o cenário nacional, o que, evidentemente, o presente instrumento não comportaria.

Todavia, os fundamentos até aqui declinados já se revelam suficientes, a meu sentir, a denotar a ausência de *fumus boni iuris* nas alegações do agravante, não obstante reconheça seu esforço argumentativo.

g. Risco de dano inverso.

A meu sentir, assiste razão ao agravado ao sustentar a existência de *periculum in mora* inverso, considerando as particularidades fáticas do presente caso.

Conforme expôs em sua resposta recursal, o sistema penitenciário do Estado de Minas Gerais - uma amostra da realidade nacional - tem experimentado, há tempos, insustentáveis problemas estruturais, apresentando insuficiência de vagas e deficiência nos serviços de saneamento, suporte médico, alimentação, acomodação, dentre outros.

A precariedade é notória, confirmada pelas estatísticas. E os números carregam uma lamentável realidade, marcada pelo sistemático desrespeito a direitos e garantias fundamentais do condenado, que é submetido a condições desumanas e a uma constante degradação, afastando a possibilidade de sua ressocialização.

Assim, se a proposta de parceria público-privada para o sistema penitenciário mineiro constitui alternativa à reversão desse cenário, com a melhoria do padrão dos serviços prestados aos sentenciados, a ampliação do número de vagas disponíveis, o uso de novas tecnologias para a promoção da segurança, dentre outros (Veja-se publicação oficial do Estado de Minas Gerais, no *site*: <http://www.ppp.mg.gov.br/pppemminas/projetos-ppp/complexo%20penal/consulta-publica-1>. Acesso em: 29 jan. 2009. Forçoso é reconhecer o risco de dano inverso aos jurisdicionados, caso seja suspenso o certame em análise.

Não se me afigura recomendável, nem prudente, portanto, a concessão da liminar pretendida, tendo em vista o peculiar contexto fático circundante ao presente caso.

Mais a mais, consoante já colocado, resta ausente o requisito *fumus boni iuris*, o que já desautoriza a concessão da medida pugnada.

Por fim, é de se ter em vista o grave momento em que vivemos, com relação ao problema nacional da segurança pública, comprometida com a falida estrutura penitenciária.

Aliás, os ilustres representantes do Ministério Público, com o zelo de sempre, são os primeiros a se insurgirem, com razão, contra um sistema prisional ineficiente, com ações visando a obrigar o Estado a construir novas penitenciárias e a transferir, constantemente, presos de uma cadeia a outra, pela total falta de condições nos abrigos deles.

Como consignei na Apelação Cível nº 1.0693.05.036885-3/001:

> Impensável que, com o crescimento de encargos e afazeres da Administração governamental, fosse se exigir do Estado a prestação direta de todos os serviços públicos, que tendem, progressivamente, a se ampliarem. A modernização do sistema reclama a descentralização dessa atuação através dos mecanismos jurídicos de que se dispõe, dentre eles a concessão, a permissão, a terceirização de seus serviços, enfim, ao que tanto hoje se fala de parceira público-privada.

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

DES. GERALDO AUGUSTO - Neste momento inicial da ação civil pública, prende-se a discussão neste agravo à concessão ou não de liminar, indeferida pelo Juízo de primeiro grau, para que, em síntese, seja determinado que o Estado de Minas Gerais se abstenha de homologar licitação, de adjudicar objeto e de contratar empresa privada, em parceria-público privada, com a finalidade de exploração econômico-comercial de penitenciária.

Tem-se, em princípio, que a pretensão liminar em ação civil pública deve ser analisada com os requisitos/pressupostos da plausibilidade do direito a prevenir o risco de ineficácia ou o seu perecimento em razão da eventual demora em sua pretensão. Aproxima-se, nesse aspecto, aos requisitos da liminar pretendida em mandado de segurança.

Com a análise dos autos, nos limites certos e estreitos do agravo de instrumento, já com a restrição delineada no âmbito de liminar preventiva, com os requisitos acima, tem-se que, como bem avaliou o despacho agravado, o Edital Seds 01/2008, que regula a referida licitação, não está, em princípio, a ferir as legislações federal e estadual que se relacionam com seu objeto.

Não se convence do embasamento da pretensão e da decisão antecipada em liminar, bem como de sua necessidade, ausentes os requisitos de cautela, quais sejam a plausibilidade jurídica dessa antecipação e o perigo da demora, no sentido jurídico.

É sabido que os contratos de parceria público-privada não são a mesma coisa que privatização, quer no sentido largo ou estreito, no âmbito do direito ou no de fato; não significam, sem dúvida, a perda do controle das políticas públicas; ademais, no caso concreto, inclusive como constante do edital.

A previsão de utilização de políticas públicas privadas, especificamente, na construção de unidades prisionais, já é realidade concreta nos Estados da Bahia, Ceará, Amazonas e Paraná, como se tem notícia.

Conforme a melhor doutrina, a terceirização dos presídios é uma alternativa e não implica a perda de direção do estabelecimento pelo Estado, e sim que determinados serviços sejam executados pela iniciativa privada. Tal já não discrepava, anteriormente, do disposto na própria LEP (art. 80).

Com esses meros comentários e pequenos acréscimos, acompanho o entendimento contido no minucioso e detalhado voto do eminente Des. Relator para, também, negar provimento ao agravo e manter, por ora, a decisão agravada.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Transportador - Responsabilidade civil objetiva - Excludente - Caso fortuito - Ausência de comprovação - Dano moral - Prova - Desnecessidade - Valor - Fixação - Razoabilidade

Ementa: Apelação cível. Indenização. Danos morais. Responsabilidade civil do transportador. Objetiva. Excludente. Caso fortuito. Ausência de comprovação. Danos morais. Prova. Desnecessidade. Indenização. Valor. Fixação. Razoabilidade. Observância necessária

- A responsabilidade civil do transportador é objetiva, elidida somente pela ausência do nexo causal, do dano, ou pela constatação de culpa exclusiva da vítima.

- Em sede de transporte coletivo, somente se configura excludente de responsabilidade o acidente ocorrido por fato de terceiro equiparável ao caso fortuito, aquele que não tenha relação com os riscos do deslocamento rodoviário ou, então, desde que haja culpa exclusiva da vítima.

- A eventual paralisação do veículo que circula à frente do ônibus, não pode ser considerada fato fortuito, haja vista que compete inarredavelmente ao condutor do coletivo guiá-lo com prudência e cautela, de modo a minimizar o risco de eventual colisão, guardando distância segura dos veículos que circulam nas proximidades, possibilitando-o executar qualquer manobra evasiva ou de frenagem com segurança, caso se mostre necessário.

- Não há parâmetros legais versando sobre a determinação do valor do dano moral, cabendo ao julgador fixá-lo sob seu prudente arbítrio, evitando que ele propicie o enriquecimento imotivado do recebedor, bem como não seja irrisório a ponto de se afastar do caráter pedagógico inerente à medida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.05.215097-9/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Viação São Cristóvão Ltda. - Apelada: Maria Aparecida Coutinho Miranda - 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 f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2009. - *Luciano Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - Trata-se de ação de indenização por danos morais e danos físicos ajuizada por Maria Aparecida Coutinho Miranda em desfavor de Viação São Cristóvão Ltda., em decorrência do acidente de trânsito ocorrido quando viajava como passageira da ré, na linha Centro de Juiz de Fora/Bairro Usina Quatro, no dia 30 de janeiro de 2003.

Atribuiu a autora toda a responsabilidade pelo sinistro à ré, asseverando que o condutor do veículo, preposto da requerida, não conduzia o veículo com a prudência e a cautela necessárias, o que o obrigou, em determinado momento, a uma frenagem brusca para evitar que abalroasse um veículo que transitava à sua frente.

Prosseguiu asseverando que a ação do condutor lançou-a de encontro à barra de ferro do banco da frente de onde se encontrava sentada, o que lhe causou um corte no supercílio direito, e, posteriormente, no descolamento de vítreo do olho direito, que evoluiu para deslocamento da retina, culminando na perda total da visão do olho direito.

Requereu a condenação da ré no pagamento de indenização por danos morais e físicos e também, os ônus sucumbenciais.

Em sua contestação (f. 29-37), requereu a ré, preliminarmente, a denunciação da lide à seguradora HDI Seguros S.A., e no mérito, bateu-se, em síntese, no sentido da ausência de culpa do condutor do veículo no acidente, haja vista que o sinistro se consumou em razão de evento de força maior, ou, como entendeu, por caso fortuito.

Disse que o condutor do ônibus se viu surpreendido pela brusca e repentina frenagem do veículo que trafegava a sua frente, obrigando-o a paralisar, de chofre, o seu veículo, de modo a evitar que abalroasse aquele que estava à sua frente.

Transcreveu doutrina e jurisprudência em prol de seus argumentos e requereu a improcedência da ação.

Impugnação à contestação (f. 53-56), rechaçando as razões lançadas na defesa.

Manifestou-se a ré (f. 61), desistindo da denunciação da lide.

Foi deferida a prova pericial médica (f. 62).

O laudo pericial foi juntado às f. 82-88.

Através de carta precatória, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela autora (f. 129-133).

Sobreveio sentença (f. 154-158), que firmou seu entendimento no sentido de que se trata de hipótese de responsabilidade objetiva da ré, de modo que prescinde de comprovação de sua culpa para que se opere o dever de reparar o dano a que deu causa.

Dito isso, com base no laudo pericial, julgou procedente o pedido da autora e condenou a ré no pagamento de indenização no valor de R$20.000,00, a título de danos morais e físicos, corrigido monetariamente pela tabela da CGJMG e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação. Mais, condenou-a no pagamento das custas e honorários advocatícios no valor de 20% da condenação.

Inconformada, manejou a ré recurso de apelação (f. 160-169), repetindo a tese de defesa de inocorrência de culpa em razão de evento de força maior ou caso fortuito, consubstanciado na frenagem brusca do veículo que transitava à frente do seu ônibus, o que obrigou o condutor do coletivo a paralisá-lo também bruscamente para evitar o abalroamento.

Ressaltou trechos dos depoimentos das testemunhas e do Boletim de Ocorrência Policial, que entende favorecer a sua tese; transcreveu doutrina e jurisprudência em prol de seus argumentos, verberou a condenação em danos morais, ressaltando o fato de que a apelada somente procurou auxílio médico na Associação dos Cegos um ano após o acidente.

Prosseguiu asseverando que o laudo pericial não é conclusivo acerca da relação existente entre o acidente e as sequelas, e requereu o provimento do recurso e a reforma da sentença, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Contrarrazões pela autora apelada (f. 172-178) pugnando pela manutenção da sentença, e requerendo a condenação da apelante por litigância de má-fé, ao entendimento de que se trata de recurso procrastinatório, aquele manejado pela ré.

O recurso é próprio, tempestivo e encontra-se regularmente preparado, por isso que dele conheço.

Sem preliminares a serem examinadas, adentro o mérito.

Em seu recurso, bateu-se a ré pela reforma da sentença, repetindo a tese de defesa de ocorrência de caso fortuito, consubstanciado na paralisação inopinada de outro veículo à frente do ônibus de sua propriedade, o que obrigou o condutor a freá-lo bruscamente, lançando a autora de encontro ao banco da frente de onde estava sentada, causando-lhe os ferimentos relatados.

Inicialmente, anote-se que, efetivamente, a responsabilidade do transportador, diante da sua manifesta natureza contratual, não se subordina às regras gerais de noção de culpa do agente a ensejar a reparação de danos decorrentes de acidentes envolvendo passageiros, porque tal noção deixou o campo do subjetivismo para colocar-se no plano objetivo, excluindo-se apenas as hipóteses de caso fortuito (desde que não correlacionado aos riscos do transporte) ou culpa da vítima.

Veja-se sobre o tema, o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves, *in Responsabilidade civil*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 283-284:

> Os problemas relacionados com o transporte terrestre (acidentes ocorridos em estradas de ferro, ou com ônibus, bondes, táxis, elevadores etc.) eram solucionados à luz do Decreto nº 2.681, de 1912, ou no plano contratual (contrato de adesão). Podia-se falar, pois, em dever legal e contratual do transportador em conduzir o passageiro são e salvo ao seu destino. Em qualquer desses casos, presumia-se a responsabilidade do transportador, que somente a afastava se provasse a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.
>
> A elaboração pretoriana em nosso país contribui decisivamente para a construção dogmática dessa responsabilidade, sendo exemplos as Súmulas 187 e 161 do Supremo Tribunal Federal, que estabelecem, respectivamente, que 'a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva' e que 'em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar'.
>
> Pode-se considerar, pois, que o transportador assume uma obrigação de resultado: transportar o passageiro são e salvo, e a mercadoria sem avarias, ao seu destino. A não obtenção desse resultado importa o inadimplemento das obrigações assumidas e a responsabilidade pelo dano ocasionado. Não se eximirá da responsabilidade provando apenas ausência de culpa. Incumbe-lhe o ônus de demonstrar que o evento danoso se verificou por caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima, ou ainda por fato exclusivo de terceiro.

O primeiro passo, aqui, não é o de se saber se houve caso fortuito, força maior ou fato de terceiro, é, antes, o de saber se havia ou não um contrato de prestação de serviços entre a vítima e a apelante.

Essa situação está patente nos autos; nem sequer foi negada pela recorrente.

A vítima embarcou em um ônibus da empresa/apelante e, a partir daí, estabeleceu-se uma obrigação por parte da transportadora no sentido de que ela seria levada ao seu destino sã e salva.

Daí advém a obrigação da empresa pelo ressarcimento de todo e qualquer dano sobrevindo no curso do transporte.

Obviamente que não pode ser afastada a aplicação do CDC ao contrato de transporte porque seu art. 3º, § 2º indica que serviço 'é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração', de modo que, indubitavelmente, o transporte é um serviço claramente alcançado pela disciplina protetiva do consumidor.

Com isso, a partir do CDC não há mais falar somente em aplicação analógica do Decreto nº 2.684/12. Na verdade, a responsabilidade, que já era objetiva desde 1912, apenas continuou objetiva.

De fato, não tem sentido algum pretender aplicar somente um Decreto de 1912, invocando a analogia, diante da existência de uma lei especial de regência para as relações de consumo, havendo sob todas as luzes, no transporte uma relação de consumo entre o passageiro e o transportador. Daí que o transportador só pode excluir a sua responsabilidade, diante da sua obrigação de resultado, isto é, levar o passageiro incólume ao seu lugar de destino, diante das causas expressamente previstas na Lei Especial (CDC), art. 14, § 3º.

Incide, portanto, sem nenhuma dúvida, o Código de Defesa do Consumidor ao caso sob julgamento, a par da Lei 2.681/12.

Tal como colocado claramente pela doutrina, e ainda pela jurisprudência, a responsabilidade da transportadora emerge do transporte em si, e o caso fortuito ou o fato de terceiro que poderiam exonerá-la dessa responsabilidade, são aqueles que não guardam conexidade com o transporte em si, desfocado dos riscos próprios do deslocamento.

No caso dos autos, alega a apelante que o acidente ocorreu em razão da paralisação inopinada do veículo que transitava à frente do ônibus, o que obrigou o motorista a fazer uma frenagem brusca para evitar o abalroamento do referido veículo.

A meu ver, ainda que restasse incontroverso nos autos, o que não foi o caso, que o acidente ocorreu por essa razão, não haveria exclusão da responsabilidade da apelante, em virtude de o dano haver ocorrido em razão da prestação do serviço, ou seja, em razão do próprio deslocamento.

Note-se que a mesma solução não se há de emprestar quando intervenha um fato inteiramente estranho. É o que sucede, por exemplo, quando haja um atentado ou um assalto. O dano, então, deve-se a causa alheia ao transporte em si, a fato imprevisível, inevitável, não interligado à natureza do negócio, não tendo relação nenhuma com os riscos da empresa.

O que se quis preservar, em sede pretoriana e doutrinária, foi a responsabilidade do transportador quando se trate de fato de terceiro que guarde conexidade com o serviço que presta. Foi por essa razão mesma que Sérgio Cavalieri (Sérgio Cavalieri Filho, *in Programa de responsabilidade civil*, 2. ed., 3ª tiragem, Malheiros Editores, 2000, p. 216-217), entendeu que a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal não desapareceu com o advento do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

> Note-se que a Súmula só fala em culpa de terceiro e não em dolo. Assim, por exemplo, ainda que o acidente entre um ônibus e um caminhão tenha decorrido da imprudência do motorista deste último, ao invadir a contramão de direção, as vítimas que viajam no coletivo deverão se voltar contra a empresa transportadora. O fato culposo do motorista do caminhão não elide a responsabilidade da empresa transportadora. Este é o sentido da Súmula. E assim se tem entendido porque o fato culposo de terceiro se liga ao risco do transportador, relaciona-se com a organização do seu negócio, caracterizando o fortuito interno, que não afasta a sua responsabilidade, conforme vimos há pouco.
>
> Tal já não ocorre, entretanto, com o fato doloso de terceiro, conforme temos sustentado. Este não pode ser considerado fortuito interno porque, além de absolutamente imprevisível e inevitável, não guarda nenhuma ligação com os riscos do transportador; é fato estranho à organização do seu negócio, pelo qual não pode responder. Por isso, a melhor doutrina caracteriza o fato doloso de terceiro, vale dizer, o fato exclusivo de terceiro, como fortuito externo, com o que estamos de pleno acordo. Ele exclui o próprio nexo causal, equiparável à força maior, e, por via de consequência, exonera a responsabilidade do transportador. O transporte, em casos tais, não é causa do evento; é apenas sua ocasião.
>
> E mais: após a vigência do Código do Consumidor, esse entendimento passou a ter base legal, porquanto, entre as causas exonerativas da responsabilidade do prestador de serviços, o § 3º, II, do art. 14 daquele Código inclui o fato exclusivo de terceiro.
>
> Entendo, todavia, que esse dispositivo não foi ao ponto de revogar a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal, porque ele diz respeito ao fato exclusivo de terceiro, aquele que não se relaciona com os riscos do transportador - em uma palavra, só é pertinente ao fortuito externo, ao passo que a Súmula, como vimos, refere-se ao fortuito interno, isto é, ao fato de terceiro que guarda relação com os riscos do transportador.

Com isso, a questão aqui, quando se pensa em excludente de responsabilidade, cingir-se-ia aos fatores de causa externa por força maior ou ausência de conexão entre o transporte em si e o acidente, que seriam as únicas possíveis, visto que descartada está a culpa exclusiva da vítima.

Assim, resta-nos aprofundar nas provas colhidas em que serão extraídas as conclusões sobre tais questões.

Vejam-se os depoimentos das testemunhas acerca do acidente:

- Cláudia Aparecida Emídio Pacheco, f. 130:

> [...] a depoente estava no ônibus da ré que fazia a linha Centro de Juiz de Fora, Bairro Usina 4, [...] que o sinal estava aberto para a passagem do ônibus, que logo que estava passando pelo sinal o mesmo voltou a fechar, que foi neste instante que o motorista do ônibus da ré freou, [...] que o choque da autora com o ferro que protege a poltrona causou-lhe ferimento exposto com sangramento na altura do olho, [...].

- Elaine Aparecida Vieira de Freitas, f. 132:

> Que estava no ônibus da empresa ré [...], que o motorista o ônibus ultrapassou o sinal luminoso e, ao perceber que assim o fez freou bruscamente o veículo [...].

Ao contrário do que entendeu a apelante, a questão nuclear no sinistro não está relacionada à ultrapassagem, ou não, pelo ônibus, do sinal de trânsito enquanto este estava fechado, mas sim, à ausência de prudência e cautela do condutor, que o conduzia sem guardar a necessária distância dos outros veículos que circulavam nas imediações, de modo que pudesse paralisá-lo com segurança e sem brusquidão, caso fosse necessário.

Não vejo como concluir, como pretende a apelante, que não exista nexo de causalidade entre o acidente em questão e os danos narrados pela apelada, sendo certo também que não lhe assiste razão ao tentar se eximir da responsabilidade alegando a ocorrência de caso fortuito, porque se cuida aqui de conduta imprudente na condução do veículo, que não guardou distância de segurança dos demais, culminando na frenagem abrupta do coletivo, sendo certo que tal conduta impõe claro risco de danos aos passageiros. Com a guarda de conexidade, não há falar em exoneração da responsabilidade.

Dito isso, estou que satisfatoriamente demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do motorista do ônibus e o dano experimentado pela apelada, tendo em vista que o acidente causou a ela dano de ordem moral, vinculado, naturalmente, ao patrimônio físico.

Por tais razões, estou que à empresa-ré cumpre a obrigação de indenizá-la, pelo dano que sofreu em razão do acidente.

Ainda sobre as provas produzidas nos autos, cabe salientar que o laudo pericial médico (f. 82-88), é claro em estabelecer o nexo entre o acidente sofrido pela apelada e o dano final relatado:

> f. 86: [...] Os traumas contusos causam descolamento mais frequentemente que os perfurantes e o início do descolamento pode se dar imediatamente após o trauma ou levar anos para acontecer [...].
> F. 88: Resposta aos quesitos da defesa (f. 65-66):
> Quesito 4. O trauma sofrido pela autora (batida do olho) pode ocasionar o deslocamento de vítreo e posterior descolamento da retina?
> 4. Sim, o trauma sofrido pela autora pode ter ocasionado o descolamento de vítreo e o posterior descolamento de retina'.
> Quesito 5. Esse diagnóstico para constatar o deslocamento de retina é realizado logo após o evento que ocasionou ou é progressivo (ao longo do tempo é que ele aparece)?
> '5. Conforme discutido nos comentários, o descolamento de retina secundário a traumatismo pode ocorrer imediatamente após o trauma ou acontecer anos após o mesmo. Sua evolução pode passar despercebida já que pode iniciar-se na periferia e/ou pode ser lenta'.

No contexto destes autos, estou que não há falar em ausência de responsabilidade em razão da ocorrência de caso fortuito ou de ausência de nexo de causalidade entre o sinistro e o dano.

No que tange ao *quantum indenizatório*, estou que a sentença não merece ressalvas.

É cediço que a fixação do dano moral tem caráter subjetivo, não havendo critérios preestabelecidos para o arbitramento do dano. Assim, cabe ao juiz, por seu prudente arbítrio e, tendo sempre em mente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização.

Com efeito, a dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, exige que se analisem as peculiaridades do caso concreto, os critérios para embasar a decisão, devendo sopesar especialmente as condições econômicas e sociais do ofensor, as circunstâncias do fato e a culpa dos envolvidos, a extensão do dano e seus efeitos, sem esquecer que a indenização deve ser suficiente para reparar o dano, não podendo importar em enriquecimento sem causa e que deve ter caráter pedagógico.

Restou demonstrado que a autora/apelada sofreu um corte no supercílio direito, em razão do choque do seu rosto com o suporte de ferro do banco da frente àquele que ocupava dentro do ônibus, que evoluiu para o descolamento de vítreo e, posteriormente, para o descolamento da retina, culminado na perda total da visão no olho direito.

Dito isso, convenço-me que o valor fixado na sentença para a indenização (R$20.000,00), com correção monetária e juros de 1% ao mês a partir da citação, mostra-se dentro do limite considerado razoável, haja vista que moderado, porém, tem concretude suficiente para cumprir sua função pedagógica, que é a de desestimular condutas que possam culminar em outros eventos de igual natureza.

Finalmente, requereu a autora/apelada, em sede de contrarrazões (f. 173), a condenação da ré/apelante no pagamento de multa por litigância de má-fé, por considerar protelatório o recurso manejado.

Estou que não se justifica o requerimento.

Entendo que, para a ocorrência da má-fé, imprescindível que se comprove que a atitude da parte enquadra-se em alguma daquelas descritas nos incisos do art. 17 do CPC, cujo rol, diga-se, é taxativo.

É preciso que o litigante adote, intencionalmente, conduta maliciosa e desleal, com o fito de prejudicar a parte adversa, não se admitindo a presunção como meio de prova.

No caso em análise, observo que a apelante, tão somente se utilizou dos meios jurídicos inerentes à sua situação e postos à disposição da defesa de seus interesses, assegurados, inclusive, pela Carta Constitucional, de modo que ausente a alegada má-fé.

Isso posto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA DE PAOLI BALBINO e LUCAS PEREIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

. . .

Responsabilidade objetiva do Estado - Policial - Disparo de arma de fogo - Vítima do assalto atingida - Morte - Filho maior e solteiro - Dano moral - Configuração - Genitora - Dependência econômica - Ausência de comprovação - Pensão mensal indevida - Honorários de sucumbência - Fixação - Critérios

Ementa: Responsabilidade objetiva do Estado. Policial. Disparo de arma de fogo contra assaltante que, entretanto, atinge a vítima do assalto. Morte. Filho maior e solteiro. Danos morais devidos. Pensão mensal. Dependência econômica não comprovada. Pensionamento indevido. Honorários de sucumbência. Critérios de fixação.

- O Estado de Minas Gerais é parte legítima para figurar no polo passivo de ação de reparação de dano, uma vez que tem responsabilidade, de ordem objetiva, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, nos termos do § 6º do art. 37 da CF.

- Ação policial que atinge vítima de assalto com disparo de arma de fogo enseja a responsabilização civil do Estado por ato comissivo e ilegal, pelos danos materiais e morais dela decorrentes.

- É devida indenização por dano moral à mãe cujo filho, no momento em que era assaltado, morreu em função de disparo de arma de fogo, feito por policial contra o assaltante e que a este não atingiu, mas à vítima do assalto.

- A pensão mensal por morte de filho maior e solteiro depende de prova da dependência econômica da genitora, não produzida no presente caso.

- Verificando-se que os honorários de sucumbência foram fixados em desatenção ao comando do art. 20, § 4º, do CPC, devem ser reduzidos.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.07.384012-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelante adesivo: Maria Reny Guimarães dos Santos - Apelados: Estado de Minas Gerais, Maria Reny Guimarães dos Santos - 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 REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 24 de março de 2009. - *Maurício Barros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍCIO BARROS - Trata-se de reexame necessário e de apelações interpostas pelo Estado de Minas Gerais (apelante principal) e por Maria Reny Guimarães dos Santos (apelante adesiva) da r. sentença de f. 95/111, proferida nos autos da ação de indenização ajuizada pela recorrente adesiva contra o principal, que julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o réu a pagar à autora a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de indenização por danos morais, e uma pensão mensal em valor correspondente a dois terços do salário líquido que era percebido pela vítima, a partir do evento danoso e até o momento em que esta completaria sessenta e cinco anos, procedendo-se à liquidação das prestações vencidas, inclusive o décimo terceiro salário, segundo o valor do salário-mínimo vigente à época da liquidação, aplicando-se juros de mora, na forma da lei, e, após o cálculo, a atualização monetária, sendo que as parcelas em atraso deverão ser pagas de uma só vez e as vincendas até o dia cinco de cada mês. A r. sentença condenou, ainda, o réu ao pagamento de honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação.

Em suas razões, o apelante principal reitera a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, alega que não se fazem presentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, ressaltando a inexistência do fato administrativo e do nexo causal. Afirma que o suposto causador da morte da vítima, Antônio Maria de Paula Santa, não faz parte dos quadros da

Polícia Civil do Estado de Minas Gerais; que o policial, no dia do evento noticiado nos autos, agiu como particular; que não há provas de que o tiro causador da morte da vítima teria sido disparado pelo referido agente; e que se faz presente excludente de ilicitude civil, no caso, o exercício regular de direito. Insurge-se, ainda, e em atenção ao princípio da eventualidade, contra o valor fixado a título de pensionamento e também contra o valor da indenização por danos morais. Pretende, ainda eventualmente, que os juros de mora e a correção monetária incidam a partir do trânsito em julgado da decisão e a redução dos honorários advocatícios (f. 102/116).

A autora apresentou contrarrazões, às f. 118/145, em óbvia contrariedade, bem como interpôs recurso adesivo, às f. 147/153, pleiteando a majoração do valor da indenização por danos morais, e que a parcela referente ao décimo terceiro salário seja fixada conforme os vencimentos brutos da vítima, e não com base no salário-mínimo.

Conheço da remessa oficial, por estarem presentes os pressupostos para sua admissão.

Cuidam os autos de ação de indenização, com fundamento na responsabilidade civil do Estado, em razão de o filho da autora ter sido atingido por um projétil de arma de fogo, o qual lhe causou a morte.

Registro, inicialmente, que o Estado de Minas Gerais está legitimado a responder pelos atos causados por seus agentes públicos no exercício de suas funções, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

No presente caso, a morte da vítima foi causada por disparo de arma de fogo de um policial, não havendo que se falar, portanto, em ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado de Minas Gerais.

Como relatado nos autos, a vítima teria sido, primeiramente, abordada por dois assaltantes, sendo alvejada por um deles em sua clavícula esquerda. Nesse momento, o policial, que presenciava os fatos e ouviu o tiro, deu voz de prisão aos assaltantes e disparou sua arma de fogo contra eles, entretanto o tiro por ele disparado atingiu a vítima, causando-lhe a morte.

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 a responsabilização de um sujeito 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.

A teoria do risco administrativo tem o propósito de compensar, juridicamente, o desnível de posições entre o Estado e o particular. Ela permite a responsabilização do Poder Público inclusive 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: Editora 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:

> Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano. (*Curso de direito administrativo*. 14. ed., São Paulo: Editora Malheiros, p. 859).

No caso de ação de policial que, agindo na qualidade de agente público, em troca de tiros com assaltantes, venha a atingir terceiro, é inequívoca a responsabilidade do Estado.

No caso em julgamento, restou devidamente comprovado que o tiro que atingiu a vítima foi disparado pela arma do policial, conforme documentos de f. 18/42.

Verifica-se, assim, o nexo de causalidade entre o fato administrativo, no caso o disparo da arma pelo policial, e o evento danoso, ou seja, a morte do filho da autora.

Por outro lado, são irrelevantes as considerações da licitude do ato do policial, ao argumento de estar no exercício regular de direito e de ter agido em legítima defesa, pois, sofrendo prejuízo o terceiro, é devida a indenização, tendo em vista a responsabilidade objetiva do Estado.

Releva anotar, ainda, que se equipara à situação do agente público no exercício de suas funções, quando este, não obstante fora do serviço, age na qualidade de servidor público, resguardando a segurança da coletividade. Portanto, é irrelevante a alegação de que o policial agiu em dia de folga, na qualidade de particular.

No tocante ao dano moral, é sabido que constitui prejuízo decorrente da dor imputada à pessoa, em razão

de atos cujas consequências ofendem, indevidamente, seus sentimentos, provocando constrangimento, tristeza, mágoa, ou atribulações na esfera interna pertinente à sensibilidade moral, definindo-o José Eduardo Callegari Cenci, inspirado em Wilson Melo da Silva, "como aquele que diz respeito às lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural - não jurídica - em seu patrimônio de valores exclusivamente ideais, vale dizer, não econômicos. Na conformidade dessa doutrina, o dano moral teria como pressuposto ontológico a dor, vale dizer, o sofrimento moral ou mesmo físico inferido à vítima por atos ilícitos, em face de dadas circunstâncias [...]", acentuando esse doutrinador que o

> Dano moral é, em síntese, o sofrimento experimentado por alguém, no corpo ou no espírito, ocasionado por outrem, direta ou indiretamente derivado de ato ilícito (Considerações sobre o dano moral e sua reparação. *RT* 638/46).

No caso do dano moral, é notório que não se exige a prova efetiva de sua ocorrência, sendo bastante a demonstração do seu fato gerador, como no caso em julgamento.

Ainda sobre o dano moral, não é difícil imaginar o sofrimento vivido pela autora diante da morte de seu filho.

No que concerne à quantificação do dano moral, tarefa realmente dificílima, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, a indenização deve ser fixada de forma que atenda à situação da parte lesada e à situação da parte lesante.

De qualquer maneira, com essa espécie de reparação não se pretende refazer o patrimônio, mas dar à pessoa lesada uma satisfação por uma situação dolorosa, aflitiva e constrangedora que vivenciou, buscando desestimular o ofensor à prática de outros atos lesivos, assumindo, portanto, um caráter pedagógico.

Na quantificação da indenização, devem ser levadas em conta as circunstâncias do caso, a situação econômica das partes e a gravidade da ofensa.

Dessarte, entendo razoável o valor de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), sem que isso proporcione enriquecimento indevido da autora e cause o empobrecimento do réu, a ser atualizado até a data do efetivo pagamento, com incidência de juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado da decisão final.

Quanto ao pedido de pensionamento, entendo que depende da comprovação da dependência econômica da autora, mãe da vítima, o que não se verifica nos autos. Com efeito, a autora, intimada para especificar as provas que pretendia produzir, manteve-se inerte, conforme certidão de f. 87. Assim, ela não se valeu dos meios de prova cabíveis, não logrando demonstrar a dependência econômica em relação ao seu filho, devendo ser julgado improcedente o pedido de ressarcimento por danos materiais.

Quanto aos honorários de sucumbência, vencida a Fazenda Pública, devem ser arbitrados com equidade, com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Devem ser condizentes com a atuação do advogado e a natureza da causa, remunerando condignamente o labor profissional, sem impor carga onerosa ao vencido, mas também sem apequenar o trabalho desenvolvido pelo causídico.

Por essas razões, e tendo em vista as diretrizes previstas no art. 20, § 3º, do CPC, fixo os honorários em R$1.000,00 (mil reais).

Com esses fundamentos, no reexame necessário, reformo em parte a r. sentença, para julgar improcedente o pedido de indenização por danos materiais, em forma de pensionamento; reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 40.000,00; e fixar os honorários de advogado em R$1.000,00 (mil reais), mantendo-a inalterada quanto ao restante. Em consequência, julgo prejudicadas as apelações.

Custas de primeiro e segundo graus divididas em partes iguais, isento o Estado, por força de lei, e aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/1950, em relação à autora.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO SÉRVULO e ERNANE FIDÉLIS.

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

...

Ação de cobrança - Defensor dativo - Honorários - Litigância de má-fé - Não ocorrência - Resolução 04/2002 do Conselho Seccional da OAB/MG - Exigência administrativa ilegal

Ementa: Ação de cobrança. Honorários. Defensor dativo. Litigância de má-fé. Inocorrência. Desconto de 10%. Resolução nº 04/2002, do Conselho Seccional da OAB. Inaplicabilidade. Honorários sucumbenciais.

- Não se encontram presentes quaisquer das hipóteses elencadas no art. 17 do CPC, capazes de reputar o autor como litigante de má-fé, haja vista que é constitucionalmente garantido ao mesmo o direito de ação, ainda que propostos diversos feitos com a mesma causa de pedir, nos termos do art. 5º, XXXIV, da Carta Magna.

- O desconto de 10% (dez por cento) estipulado no art. 12 da Resolução nº 04/2002 do Conselho Seccional da OAB/MG mostra-se ilegal, uma vez que a OAB/MG, ao

estabelecê-lo, extrapolou seu poder regulamentador, inovando ao criar desconto sem qualquer autorização da Lei nº 13.166/99.

- Honorários sucumbenciais majorados, como forma de adequá-los aos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Deram provimento ao recurso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.440917-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Onofre de Oliveira - Apelado: Estado de Minas Gerais - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2009. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Elmo Antônio Fortes.

DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Onofre de Oliveira visando ao enfrentamento da r. sentença de f. 62/67, da lavra do MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial da ação de cobrança que propôs em desfavor do Estado de Minas Gerais, para condenar o réu

> [...] no pagamento do valor de R$ 900,00 (novecentos reais) - desconto de 10% (dez por cento) referente à Resolução nº 04/02 do Conselho Seccional da OAB, acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês desde a citação e correção monetária, esta pela tabela da CGJ, sobre o valor da certidão, levando-se em conta a data nela aposta.

O d. Magistrado também condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 90,00 (noventa reais), assim como ao pagamento de multa de 1%, e indenização pelos prejuízos causados ao réu, na quantia equivalente a 20% sobre o valor da causa, por litigância de má-fé.

Nas razões recursais de f. 69/226, o apelante requer seja decotada do *decisum* a sua condenação por litigância de má-fé, diante da afronta aos arts. 5º, IV, XXXIV, XXXV, LIV e V, da Constituição Federal; 125, I, do CPC; 8º e 13 do Decreto nº 6.78/92, VIII, da Declaração Internacional dos Direitos Humanos, assim como o desconto de 10% sobre o valor dos honorários devidos pelo réu, em face do disposto na Lei nº 13.166/99.

Postula, ao final, para que lhe seja mantido o benefício da justiça gratuita e pela inversão dos ônus sucumbenciais.

Sem contrarrazões.

Sem parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, a teor, como dizem, do disposto na Recomendação nº 01/2001 do Conselho Superior do Ministério Público.

Conheço do recurso, porque atendidos os seus requisitos de admissibilidade.

Trata-se de ação de cobrança de honorários advocatícios, com fundamento na atuação do autor, na qualidade de defensor dativo, na causa relacionada na peça inicial.

No entanto, muito embora tenha o d. Juiz sentenciante condenado o Estado de Minas Gerais ao pagamento dos honorários pleiteados pelo autor, a este foi imposto o decote de 10% previsto no art. 12 da Resolução nº 04/02 do Conselho Seccional da OAB, bem como as penalidades por litigância de má-fé prescritas no art. 18 do CPC.

De acordo com Nelson Nery Júnior (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 213), litigante de má-fé seria

> [...] a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbus litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito.

Nesse rumo, não vislumbro, no presente caso, a ocorrência de litigância de má-fé, primeiramente porque restou demonstrado nos autos que não houve qualquer irregularidade ou ilegalidade na nomeação do autor, nos termos da certidão exarada pelo próprio Cartório Judicial da comarca, sendo que foram preenchidas todas as condições previstas tanto na Lei nº 13.166/99 como na Constituição do Estado de Minas Gerais, atinentes à espécie.

Ademais, não se encontram presentes quaisquer das hipóteses elencadas no art. 17 do CPC, capazes de reputar o apelante como litigante de má-fé, haja vista que é constitucionalmente garantido ao mesmo o direito de ação, ainda que propostos diversos feitos com a mesma causa de pedir, nos termos do art. 5º, XXXIV, da Carta Magna.

Nesse mesmo sentido já se posicionou, reiteradas vezes, este egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, conforme se vê dos julgados pertinentes a casos análogos ao dos autos, confira-se:

Ementa: Ação de cobrança. Honorários advocatícios de defensor dativo. Requerimento via administrativa. Desnecessidade. Resolução nº 04 da OAB/MG. Inaplicabilidade. Ajuizamento de várias ações de cobrança com a mesma causa de pedir. Litigância de má-fé. Inocorrência. Honorários advocatícios de sucumbência. Critério de fixação. Eqüidade. - A ausência de requerimento na via administrativa não obsta o interesse de agir do autor que se configura pela necessidade do provimento judicial e pela adequação da via processual na obtenção da pretensão deduzida em juízo. O advogado dativo nomeado para atuar na defesa de pessoas necessitadas, independentemente da natureza da causa que patrocine ou o pólo em que figure a parte, terá direito aos honorários fixados pelo juiz, no caso de inexistência da Defensoria Pública no local da prestação de serviço. Não se enquadrando a conduta do autor em nenhuma das hipóteses taxativamente previstas no art. 17, incisos I a VII, do CPC, não há falar em condenação na litigância de má-fé. De acordo com o art. 20, § 4º, do CPC, vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante apreciação eqüitativa do Juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior (Apelação Cível nº 1.0024.07.443539-7/001 - Relator Des. Edilson Fernandes - *DJ* de 19.09.08).

Apelação cível. Ação de cobrança. Honorários advocatícios. Defensor dativo. Defensores públicos insuficientes. Pagamento devido. Litigância de má-fé. Inocorrência. Honorários advocatícios. Pedido de majoração. Obediência ao art. 20, § 4º, do CPC. Sentença reformada em parte. - Quando condenada a Fazenda Pública ou suas autarquias, ou nas causas de pequeno valor, a verba honorária pode ser arbitrada com fundamento no § 4º do art. 20 do CPC, consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a* (o grau de zelo do profissional), *b* (o lugar de prestação do serviço) e *c* (a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço) do § 3º do mesmo artigo. É cediço que, para que a litigância de má-fé seja configurada, é necessário que reste comprovado dano causado à outra parte e culpa da parte por tê-lo provocado, dentro das hipóteses taxativamente enumeradas no art. 17 do CPC. O trabalho exercido pelo defensor dativo é garantia constitucional aos declaradamente pobres, quando ausentes ou insuficientes os membros da Defensoria Pública, e sua remuneração é prevista e regulada em lei ordinária. Observada a forma legal, impõe-se o pagamento pelo Estado (Ap. Cível nº 1.0024.07.487276-3/001 - Relator Des. Mauro Soares de Freitas - *DJ* de 29.07.08).

Ação de cobrança. Defensor dativo. Honorários advocatícios. Interesse de agir. Certidões do juízo devidas. Litigância de má-fé. Ausente. Direito de ação. Proteção constitucional. - O interesse de agir configura-se pela necessidade da parte de buscar a tutela jurisdicional para ver aplicado o direito positivo, através de uma medida que lhe seja útil de forma a evitar um prejuízo.
- São devidos honorários ao advogado nomeado defensor dativo pelo Juízo, de acordo com as certidões por este emitidas.
- A cobrança judicial é perfeitamente possível sem que se esgote a via administrativa sob pena de ferir o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, sendo suficientes as provas de que o advogado tenha de fato exercido a função. - O direito de ação é um direito público subjetivo do cidadão, o denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, em razão do qual somente o Poder Judiciário tem jurisdição, sendo o único Poder capaz de dizer o direito com força de coisa julgada (Ap. Cível nº 1.0024.07.487080-9/001 - Relator Des. Carreira Machado - *DJ* de 16.09.08).

Insta destacar trechos do voto proferido pelo eminente Desembargador Edilson Fernandes, quando do julgamento da supracitada Ap. Cível nº 1.0024.07. 443539-7/001, no sentido de que

> [...] o fato de o autor ajuizar mais de uma ação, multiplicando o número de processos tendo como base a mesma causa de pedir, enseja, a critério do julgador, na conexão dos processos (CPC, art. 103), mas nunca no reconhecimento de litigância de má-fé da parte. [...] Isso se justifica porque não há impedimento legal a que qualquer cidadão tenha acesso ao pleno exercício do seu direito de petição, sendo o direito de ação, inclusive, uma garantia constitucional, e, uma vez acionado, o Judiciário é obrigado a efetivar o pedido de prestação jurisdicional requerido pelo interessado, visto que a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição.

Razão também assiste ao apelante no que tange ao desconto de 10% (dez por cento) estipulado no art. 12 da Resolução nº 04/2002 do Conselho Seccional da OAB/MG, uma vez que a OAB/MG, ao estabelecer o referido desconto, extrapolou seu poder regulamentador, inovando ao criar desconto sem qualquer autorização da Lei nº 13.166/99, motivo pelo qual o mesmo se mostra ilegal.

Dessa maneira, ao apelante deve ser mantido o benefício da justiça gratuita, nos moldes concedidos inicialmente.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para reformar, em parte, a r. sentença, para decotar a condenação do autor por litigância de má-fé, assim como o desconto de 10% estabelecido no art. 12 da Resolução nº 04/2002 do Conselho Seccional da OAB/MG.

Inverto, por conseguinte, os ônus sucumbenciais, isento, contudo, o réu do pagamento das custas e despesas processuais, inclusive as recursais, de acordo com a Lei nº 14.939/03.

Por fim, em atendimento ao pedido de majoração da verba advocatícia, arbitro os honorários advocatícios devidos ao patrono do autor no valor correspondente a R$ 100,00 (cem reais).

DES. ERNANE FIDÉLIS - De acordo.

DES. MAURÍCIO BARROS - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Embargos de terceiro - Penhora - Bem certo e determinado - Constrição anterior à partilha - Impossibilidade

Ementa: Embargos de terceiro. Penhora. Constrição de bem certo e determinado, antes da partilha. Impossibilidade.

- A penhora realizada antes da partilha, no rosto dos autos do inventário, não pode recair sobre bem certo e determinado, mas sim sobre os direitos que o executado tem na herança.

- Não há falar, outrossim, em impenhorabilidade de bem de família, já que não houve individualização de qualquer bem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.599800-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Yedda Prates Octaviani Bernis - Apelado: Banco Potencial S.A. - Litisconsortes: Eduardo Prates Octaviani Bernis e outro - Relator: DES. DOMINGOS COELHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO

Belo Horizonte, 14 de janeiro de 2009. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO - Cuida-se de apelação cível interposta por Yedda Prates Octaviani Bernis contra a sentença de f. 66/69, que, nos autos dos embargos de terceiro que move em desfavor de Banco Potencial S.A., julgou improcedentes os pedidos pórticos.

Aduz, nas razões recursais, que a constrição judicial sobre o quinhão dos herdeiros Sérgio Prates Octaviani Bernis e Eduardo Octaviani Bernis prejudica a propriedade e a posse da viúva apelante sobre o seu único imóvel residencial; que tal medida afronta os dizeres da Lei 8.009/90; que a apelante é meeira de 50% do único imóvel que integra o plano de partilha; que a jurisprudência abona a tese recursal; requerendo-se a final a reforma da sentença primeva.

Foram apresentadas contrarrazões às f. 78/84, nas quais se requer a manutenção da sentença de origem.

Recurso próprio, tempestivo, regularmente processado e isento de preparo. Dele conheço, visto que presentes todos os pressupostos para a sua admissibilidade.

Diante da inexistência de questões preliminares a serem analisadas, adentra-se de imediato o exame do mérito recursal.

Cuida-se de embargos de terceiro opostos pela apelante, meeira em inventário de Ney Octaviani Bernis, alegando, basicamente, a ilegalidade da penhora, por ter recaído sobre imóvel amparado pela Lei nº 8.009/90.

O d. Magistrado inaugural, após verificar que, nos termos do art. 1.791, parágrafo único, do CC, "até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio, julgou improcedente o pedido, ao argumento de que a penhora não recaiu sobre bem individualizado, mas sobre direitos hereditários.

Postas tais questões, impende esclarecer que a penhora efetivada na presente hipótese legal não recaiu sobre bem certo, ou seja, sobre o imóvel residencial, que, segundo a apelante, diz ser impenhorável por consistir em bem de família.

Conforme se comprova nos autos da execução, a penhora foi efetivada sobre os direitos hereditários dos executados, *ex vi* da f. 101 no inventário de Ney Octaviani Bernis, cujo plano de partilha contempla diversos bens.

Nessa senda, não obstante a penhora ter recaído sobre fração do montante inventariado, a que fariam jus os executados - e por extensão a bem de residência da meeira, ora apelante -, não há como reconhecer, neste momento, a alegada impenhorabilidade, porquanto, conforme acima evidenciado, a penhora foi efetivada no rosto dos autos do inventário, recaindo, assim, sobre o direito à herança, consistente numa universalidade de bens deixados pelo *de cujus*, que estão sendo inventariados, e não sobre bem certo e determinado.

Sobre a impossibilidade de a penhora em inventário recair, antes da partilha, em bem certo e determinado, cumpre trazer à colação jurisprudência deste eg. Tribunal:

> Ementa: Embargos de terceiro. Penhora. Constrição de bem certo e determinado, antes da partilha. Impossibilidade. - A penhora realizada antes da partilha no rosto dos autos do inventário não pode recair sobre bem certo e determinado, mas sim sobre os direitos que o executado tem na herança. Nula, portanto, a penhora assim feita, nos termos do art. 145, II, do Código Civil, por ser impossível seu objeto (Ap. nº 2.0000.00.361223-1/000, Rel. Des. Maurício Barros, *DJ* de 08.06.02).

Vale ainda transcrever, *mutatis mutandis*:

> Ementa: Embargos de terceiro. Penhora. Quinhão hereditário preservado. Pedido desacolhido. - Não se acolhem embargos de terceiro quando evidente que a penhora efetivada nos rostos dos autos de inventário incidiu apenas sobre o quinhão da devedora, resguardando o direito dos demais

herdeiros. Preliminares rejeitadas e apelo não provido (TJMG, Ap. Cív. 2.0000.00.406909-0/000(1) , Rel. Alberto Vilas Boas, p. em 07.02.04).

Assim, não recaindo sobre bem certo e determinado, não há como, neste momento, excluir dos direitos penhorados aquele referente ao quinhão do bem imóvel, muito menos de reconhecê-lo como sendo bem de família, já que, neste caso particular, não se pretende a impenhorabilidade da "residência", mas apenas e tão somente do direito a um quinhão que era de propriedade do devedor falecido.

Por essas breves considerações, não vejo como desconstituir a penhora realizada nos autos.

Isto posto, nego provimento ao apelo.

Custas, pela apelante, suspensa sua exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA e NILO LACERDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação anulatória - Repetição de indébito - Cumulação de ações - IPTU - Lançamento complementar - Possibilidade - Art. 145, III, c/c art. 149 do Código Tributário Nacional - Fato gerador - Padrão de acabamento - Mudança não constatada na época da ocorrência - Princípio da anterioridade - Observância

Ementa: Apelação. Tributário. Ação anulatória c/c repetição de indébito. IPTU. Lançamento complementar. Possibilidade. Art. 145, III, c/c art. 149, VIII, do CTN. Mudança no padrão de acabamento não constatada na época da ocorrência do fato gerador. Observância do princípio da anterioridade.

- A teor do disposto no art.145, III, c/c art. 149, VIII, do CTN, uma vez constatada a ocorrência de erro de fato no momento do lançamento do tributo, possível é que a Administração, de ofício, faça a revisão do lançamento para fins de cobrança do valor complementar.

- A mudança no padrão de acabamento de imóvel, não constatada quando da ocorrência do fato gerador, caracteriza-se como erro de fato apto a legitimar a revisão de lançamento do IPTU pelo Fisco municipal, sem que isso importe em violação ao princípio da anterioridade - art.150, III, *b*, CF/88 - uma vez que, nesse caso, não houve majoração ou aumento do IPTU.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.774673-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Apelados: Sandra Loureiro de Freitas Reis e outro - Relator: DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de março de 2009. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Trata-se de recurso de apelação contra sentença de f. 96/102 proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara de Fazenda Pública Municipal nos autos da ação ordinária com pedido de depósito judicial aforada por Sandra Loureiro de Freitas e outros em face do Município de Belo Horizonte.

Na r. sentença foi julgado procedente o pedido dos autores e anulados os lançamentos relativos à revisão de IPTU dos exercícios de 2006 e 2007, sendo o Município condenado a restituir os valores indevidamente recolhidos, corrigidos e com juros de 6% ao ano.

Inconformado, apelou o réu às f.106/114 aduzindo que a revisão do lançamento ocorreu em razão de uma situação fática já existente na época da ocorrência do fato gerador, mas que, quando do lançamento, era desconhecida do Fisco; que, por se tratar de um erro de fato, é possível que se promova a revisão do lançamento - art. 71 da Lei Municipal 5.641/89 c/c 145 e 149, VIII, do CTN.

Recurso respondido.

É o relato do necessário.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Na ausência de preliminares, passo ao deslinde do mérito.

Em sede da presente ação, pretendem os autores a anulação dos lançamentos complementares de IPTU referentes aos exercícios de 2006 e 2007, que lhes foram imputados pelo Fisco municipal, ao fundamento de que houve modificação no acabamento padrão do imóvel sobre o qual incidiu o imposto, que passou do nível P4 para P5, bem como a restituição dos valores pagos a esse título, pedidos julgados procedentes em primeiro grau.

Vale registrar que o lançamento, após a notificação do contribuinte, se torna, em princípio, definitivo, tendo a legislação tributária brasileira consagrado, em nome

da estabilidade e da segurança jurídica, o princípio da inalterabilidade do lançamento.

Contudo, o princípio em tela não é absoluto na medida em que o art. 145 do CTN traz em seus incisos hipóteses nas quais se admite a alteração do lançamento, dentre elas aquela que permite que a Administração promova de ofício a sua revisão, senão vejamos:

> Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:
> I - impugnação do sujeito passivo;
> II - recurso de ofício;
> III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

No presente caso, está-se diante de uma hipótese de revisão de ofício, que resultou em lançamentos complementares de imposto de IPTU com arrimo no art. 149, VIII, do CTN, cuja redação é a seguinte:

> Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
> [...]
> VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

Em que pese o inconformismo dos autores, não vejo óbice em se promover o lançamento complementar no presente caso, desde que, por óbvio, tenham sido as partes devidamente notificadas do novo lançamento e tenham sido respeitadas as demais regras e princípios referentes à tributação.

Por primeiro, importante registrar que, na data da ocorrência do fato gerador, ou seja, no primeiro dia do ano de cada exercício (2006 e 2007), o imóvel já se encontrava com padrão de acabamento que possibilitava o seu enquadramento no nível P5, e não no P4.

Assim, dúvida não há de que houve um erro de fato, quando da realização do lançamento de ofício pela Administração, erro esse relacionado às características do imóvel, que refletiram na sua classificação para fins de tributação, o que, por força do disposto no art. 149, VIII, do CTN, autoriza a revisão na forma como foi realizada pelo réu.

Erro de fato, segundo DERZI, Misabel Abreu Machado, in *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 385, resulta da inexatidão ou incorreção dos dados fáticos, situações, atos ou negócios que dão origem à obrigação.

Sobre o tema, oportuno citar excerto do voto do Des. Brandão Teixeira no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.00.346755-2/000:

> Se a administração fiscal verifica que houve erro de fato na classificação do padrão do imóvel da autora, pode perfeitamente proceder à revisão do lançamento, de ofício, valendo-se do disposto no art. 145, III, c/c art. 149, VIII, do Código Tributário Nacional, *verbis*:
> [...]
> Trazendo as lições retro para o caso vertente, tem-se que, se do cadastro municipal constavam dados incorretos quanto às características da edificação objeto da verificação fiscal (fato incontroverso nos autos), é perfeitamente possível a revisão do lançamento, a partir dos fatos novos constatados, encaixando-se a hipótese, como uma luva, à previsão do inciso VIII do art. 149 do CTN. Isso porque a correção de dados cadastrais constitui correção de erro de fato, que pode e deve ser sanado, sobremaneira se este erro advém das declarações prestadas anteriormente pelo contribuinte ou por terceiro.

É bom que fique claro que não houve o estabelecimento de um novo critério para enquadramento do imóvel no nível P5, mas a utilização daqueles determinados e em vigor na data da ocorrência do fato gerador e que somente não foram aplicados por total desconhecimento da Administração acerca das alterações introduzidas no imóvel.

Quanto à notificação, os documentos de f. 29, 30 e 32 demonstram que os autores foram regularmente notificados dos novos lançamentos.

Por fim, registro que também não vislumbro qualquer ofensa ao princípio preconizado no art. 150, III, *b*, da CF - princípio da anterioridade - segundo o qual é vedada a cobrança de tributo "no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou", uma vez que o lançamento complementar não ocorreu em decorrência da instituição de um novo tributo ou do seu aumento. Em verdade houve um aumento da base de cálculo, mas não em razão da instituição de uma nova base de cálculo, e sim da correção do seu valor de acordo com os parâmetros vigentes na data da ocorrência do fato gerador.

Assim, não há falar tenha sido o contribuinte pego de surpresa, que é o que justamente busca evitar o aludido princípio positivado no texto constitucional.

Sobre a matéria, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Tributário. Recurso especial. IPTU. Erro de fato. Lançamento originário que não considerou edificação no imóvel. Revisão de ofício. Possibilidade. Art. 149, VIII, CTN. Vulneração do art. 144 do CTN reconhecida.
> 1. Recurso especial de autoria do Município de São Bernardo do Campo pretendendo a reforma de acórdão oriundo do TJSP que assumiu o entendimento de que ´se o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação (art. 144 do CTN) e se, quando do fato gerador, não havia no imóvel qualquer tipo de construção (f. 16), não é devida qualquer cobrança a esse título, em face de construção verificada posteriormente no imóvel. Quando do lançamento já se haviam verificado todos os elementos necessários à sua verificação, fato que torna indevida qualquer modificação posterior´.
> 2. O entendimento externado pela Corte de origem não revela a melhor exegese a ser emprestada ao conteúdo do art. 144 do CTN, que não deve ter interpretação isolada das demais regras do ordenamento jurídico, em especial do Código Tributário Nacional. A par desse dispositivo legal, e de relevante aplicação ao caso concreto, existe o art. 149 do

CTN, que disciplina os casos de revisão de ofício pelo ente tributante.
3. O art. 149, III, do CTN contempla hipótese de revisão de ofício se ocorre fato não conhecido ou não provado na ocasião do lançamento originário. No caso concreto, verifica-se que houve a quitação integral do IPTU pelo contribuinte e, somente depois, por meio de recadastramento e revisão efetivados pela municipalidade, observou-se uma construção no terreno, que gerou a complementação da cobrança.
4. 'Os lançamentos em geral podem ser objeto de revisão, desde que constatado erro em sua feitura e não esteja ainda extinto pela decadência o direito de lançar. Tanto o lançamento de ofício, como o lançamento por declaração, e ainda o lançamento por homologação, podem ser revistos' (MACHADO, Hugo de Brito, in *Curso de direito tributário*. 19. ed., Malheiros, 2001, p. 147).
5. Recurso especial conhecido e provido para que tenha continuidade a execução fiscal (STJ, REsp 1025862/SP, Relator Ministro José Delgado, T1 - Primeira Turma, *DJ* de 20.05.2008).

Diante do exposto, não vislumbro qualquer irregularidade nos lançamentos complementares feitos pelo Município, razão pela qual dou provimento ao recurso para o fim de julgar improcedente a ação.

Custas processuais, inclusive recursais e honorários advocatícios, pelos apelados.

É como voto.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Conheço do recurso de apelação, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Revistos os autos do processo, acompanho o eminente Relator, por coadunar-me com o entendimento por ele manifestado.

Isso posto, dou provimento ao recurso de apelação para julgar improcedentes os pedidos dos autores.

É como voto.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Interdição - Prova - Perícia médica - Necessidade

Ementa: Apelação cível. Interdição. Curatela. Dispensa de prova pericial. Insuficiência de provas acerca da impossibilidade de gerência dos atos da vida civil. Presunção da capacidade.

- Laudo pericial, no âmbito administrativo, que conclui pela incapacidade, mas realizado há mais de 30 (trinta) anos, não é suficiente para demonstrar a situação atual do interditando. O atestado médico que indica por código a doença do interditando não supre a perícia médica exigida pela lei, que deve apresentar laudo completo e circunstanciado de sua situação físico-psíquica.

Agravo retido não conhecido. Recurso de apelação conhecido e provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.805137-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: Lucrécia Fernandes de Morais - 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 NÃO CONHECER DO AGRAVO RETIDO E DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 12 de março de 2009. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerias contra a sentença de f. 64/65, que julgou procedente o pedido de interdição formulado em face de Alencar Horta Fernandes, por considerar comprovada a incapacidade plena da parte.

Em suas razões recursais, o apelante arguiu a nulidade do processo, por ausência de intervenção do Ministério Público, que não teria sido pessoalmente intimado acerca do indeferimento do pedido para a realização de perícia médica.

Afirmou que as provas que constam nos autos são insuficientes para ensejar a decretação da interdição e argumentou que a realização de perícia médica é imprescindível, nos termos do que dispõe o art. 1.183 do Código de Processo Civil.

Pediu a reforma da sentença.

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões às f. 83/88 e pugnou pelo desprovimento do recurso.

Ouvida, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

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

Do agravo retido.

O Ministério Público apresentou agravo retido às f. 53/59, mas não requereu expressamente a apreciação do recurso em suas razões de apelação.

Assim, não conheço do agravo retido, com fundamento no § 1º do art. 523 do CPC.

Da apelação.

Como se trata de uma medida extrema de restrição de direitos, a interdição só pode ser declarada caso existam provas inequívocas que demonstrem a ocorrência das hipóteses previstas em lei, ou seja, caso a enfermidade impeça o discernimento para os atos da vida civil.

No caso em apreço, a petição inicial foi instruída com documentos que supostamente demonstrariam a incapacidade do interditando.

Contudo, a conclusão da perícia médica de f. 11 e os registros que revelam a aposentadoria por invalidez (f. 12/13) são datados de setembro de 1970 e maio de 1978. Mostram-se, por isso, imprestáveis para revelar a condição atual do interditando.

O atestado médico de f. 22, por sua vez, simplesmente reitera que o diagnóstico de incapacidade persiste desde 1970, sem apresentar maiores elementos que pudessem influir na convicção do julgador.

No interrogatório reduzido a termo, à f. 40, por sua vez, não restou muito claro que o interditando fosse incapaz de exercer os atos de sua vida civil, mas apenas que mantém sequelas decorrentes de um acidente vascular cerebral.

É necessário registrar, nesse ponto, que não é possível interditar aquele que consegue declarar sua vontade de forma consciente, ou que de seus atos tenha o necessário entendimento, apenas porque apresenta sequelas permanentes.

Não se permite o deferimento da medida extrema de interdição com base em um mero juízo de probabilidade. Em outras palavras, não se pode privar o interditando do exercício dos atos da vida civil simplesmente porque foi vítima de um derrame e não é capaz de exercer tarefas do cotidiano por conta própria.

Do contrário, estar-se-ia admitindo uma odiosa presunção de incapacidade para todos aqueles acometidos de sequelas permanentes, invertendo a orientação doutrinária e jurisprudencial quanto ao estudo das incapacidades.

Nesse sentido, a advertência de Silvio de Salvo Venosa:

> A regra geral, como é óbvio, é que todas as pessoas maiores são capazes; as incapacidades devem ser declaradas pelo ordenamento, decorrendo de procedimento próprio. A capacidade se presume; a incapacidade deve ser comprovada (*Direito civil*: Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6, p. 443).

Verificado todo o contexto das provas produzidas nos autos, é de se concluir que realmente a prova pericial é indispensável, pois somente um especialista poderá esclarecer se o caso se assemelha às hipóteses de interdição.

Acerca da indispensabilidade da perícia médica, colhem-se os comentários de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

> 1. Perícia médica. A lei exige a realização de perícia médica em processo de interdição, sob pena de nulidade. A tarefa do perito consiste em apresentar laudo completo e circunstanciado da situação físico-psíquica do interditando, sob pena de o processo ser anulado. O laudo não pode se circunscrever a mero atestado médico em que se indique por código a doença do suplicado [...] (*Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2003, p.1.243).

E, ainda, estas ementas:

> Atestado médico. - Não supre a necessidade de que seja realizada prova pericial (*RT* 675/174).

> Atestado médico. Concessão da interdição. - A realização de perícia médica é obrigatória, e não facultativa. O exame pericial é imprescindível para a segurança da decisão judicial (*RT* 715/133).

> Códigos CID. - Um mesmo código CID usado na medicina engloba diversas doenças e sintomas mentais, e por isso atestado que o mencione não supre o laudo instruído e circunstanciado, elaborado pelo perito (*RT* 675/174).

Isso posto, dou provimento ao recurso e anulo a sentença proferida. Determino a remessa dos autos à instância de origem, a fim de que seja realizado o exame médico no interditando, nos termos do art. 1.183 do Código de Processo Civil, facultada, ainda, a posterior realização de audiência de instrução e julgamento.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES KILDARE CARVALHO e MANUEL SARAMAGO.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Indenização - Queda de árvore em via pública - Ferimentos em transeunte - Poda realizada por terceiros - Município - Conduta omissiva - Não caracterização - Empresa executora do serviço - Sinalização deficiente - Prepostos - Imprudência e negligência - Comprovação - Responsabilidade civil - Caracterização - Dano moral devido

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Queda de árvore sobre transeunte em via pública. Corte realizado por terceiro. Município de Belo Horizonte. Conduta omissiva não caracterizada. Sociedade empresária executora do serviço. Sinalização deficiente. Imprudência e negligência dos prepostos comprovadas. Responsabili-

dade civil presente. Reparação pelo dano moral devida. Recurso parcialmente provido.

- A responsabilidade civil, segundo a teoria subjetiva, exige a comprovação de uma conduta antijurídica do agente (*eventus damni*), uma lesão efetiva (o dano) e a relação de causa e efeito entre uma e outra (nexo causal).

- Tratando-se de responsabilidade civil do Estado por omissão, aplica-se a teoria subjetiva.

- O Município de Belo Horizonte não responde por ação de terceira contratada por concessionária de energia elétrica e que provoca sinistro em decorrência de sinalização deficiente.

- A sociedade empresária executora do serviço de corte de árvore em via pública responde pela imprudência e negligência de seus prepostos que não sinalizaram de forma correta o local e provocaram o sinistro.

- Comprovada a ocorrência de constrangimento ou abalo emocional decorrente dos ferimentos causados pela queda de árvore em via pública deficientemente sinalizada e que estava sendo cortada, está presente o dano moral a desafiar reparação.

- Apelação cível conhecida e parcialmente provida para reformar em parte a sentença e dar parcial acolhimento à pretensão inicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.874760-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Gabrielle Bernardes de Sousa - Apelados: Município de Belo Horizonte, Extel Construções Elétricas 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 PARCIAL À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2009. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

A apelante aforou esta ação de indenização contra os apelados Município de Belo Horizonte e Extel - Construções Elétricas Ltda. Asseverou que, em 16.06.05, caminhava pela Rua Oscar Trompowiski, em Belo Horizonte, onde a segunda apelada, contratada pelo primeiro recorrido, executava o corte de uma árvore e sinalizou o impedimento do passeio onde caminhava. Acrescentou que atravessava a rua, fora da área sinalizada, quando a árvore caiu, atingindo-a na cabeça e causando escoriações nos braços, mãos e pernas, cortes na cabeça e fratura no externo. Afirmou que, em decorrência do ocorrido, deixou de frequentar a faculdade por cerca de quinze dias e sofreu abalos psicológicos que refletem no seu comportamento. Pleiteou indenização por danos morais no importe não inferior a R$ 50.000,00.

O primeiro apelado, além de matéria processual, afirmou, na contestação de f. 103/108, desconhecer os fatos narrados.

A segunda recorrida, na contestação de f. 47/62, asseverou não ser responsável pelo evento danoso, alegou não existir danos morais e invocou a culpa exclusiva da vítima. Pela r. sentença de f. 232/238 foi rejeitada a pretensão inicial.

O *thema decidendum* consiste em verificar se o primeiro apelante tem responsabilidade civil pelo ato ilícito e se a segunda recorrente é responsável pelo ocorrido bem como se existe dano moral a ser indenizado.

A análise da prova revela o que passa a ser descrito.

A apelante, com a petição inicial, acostou os documentos de f. 20/37. Destaco o boletim de ocorrência, datado de 16.05.05 (f. 23), a declaração de atendimento da apelante no Hospital João XXIII, em 16.06.05, às 13h46min e liberada na mesma data, às 18h25min, o atestado médico de f. 26. Destaco, também, as fotografias de f. 31/37.

A segunda apelada trouxe o contrato de prestação de serviços de f. 63/86, alteração contratual de f. 95/101 e as fotografias de f. 87/94.

Houve produção de prova oral.

A testemunha Flávio Cortat (f. 204) informou que a apelante atravessava a Rua Oscar Trompowiski e, quando estava no meio da rua, caiu sobre ela um galho de uma árvore que estava sendo podada, causando ferimento na cabeça dela. Afirmou que a apelante estava distante da base da árvore e havia cones instalados cerca de 1,5 m da árvore, mas esta, ao cair, ocupou toda a rua.

A testemunha Antônio Eduardo Velloso Novella (f. 205) informou ter chegado ao local logo após o ocorrido e presenciou a apelante ser atendida pelo resgate e ela estava ferida. Afirmou que havia um homem em cima da árvore e foram colocados cones em volta da árvore sinalizando o local. Estes os fatos.

Em relação ao direito e no que respeita ao primeiro tema, sabe-se que o § 6º do art. 37 da Constituição da República estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Inexiste qualquer prova no sentido de que o primeiro apelado tenha sequer autorizado o corte da árvore. E a segunda apelada cortava a árvore em cumprimento de contrato ajustado com a Cia. Energética de Minas Gerais - Cemig. Sem dúvida, a Municipalidade não tem qualquer participação no ocorrido, ainda que por omissão. Nesse aspecto, revela-se inacolhível a irresignação.

No que tange ao segundo tema, anoto que o Brasil adotou, como regra, em matéria de responsabilidade civil, a teoria subjetiva ou da culpa, em que a vítima deve provar a existência de uma conduta antijurídica do agente (*eventus damni*), uma lesão efetiva (dano) e a relação de causa e efeito entre uma e outra (nexo causal).

Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 844:

> Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito - culposo ou doloso - consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isso.

No mesmo sentido, preleciona Caio Mário da Silva Pereira, na obra *Responsabilidade civil*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 29:

> Na teoria da responsabilidade subjetiva, o que sobressai no foco das considerações e dos conceitos é a figura do ato ilícito, como ente dotado de características próprias, e identificado na sua estrutura, nos seus requisitos, nos seus efeitos e nos seus elementos.

No desenvolvimento da noção genérica de responsabilidade civil, em todos os tempos, sobressai o dever de reparar o dano causado. Vige, ao propósito, pacificidade exemplar. Onde surge a divergência, originando as correntes que dividem os autores, é na fundamentação do dever ressarcitório, dando lugar à teoria da culpa ou responsabilidade subjetiva.

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características.

Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.

Entretanto, em caráter excepcional, como no caso das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos, foi adotada a teoria objetiva ou do risco (art. 37, § 6º, da Constituição da República). Assim, para essa teoria, basta ao lesado demonstrar o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, conforme esclarece Alexandre de Morais, em *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 899:

> Assim, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano, ação ou omissão administrativa, existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Mas não é o caso da segunda apelada porque não foi contratada pelo primeiro recorrido. Portanto, o exame deve ser feito sob o ângulo da teoria subjetiva.

Anoto que o contrato de prestação de serviços de f. 63/83 torna certo ter a segunda apelada sido contratada pela Cemig para efetuar poda de árvores em conformidade com os critérios de poda de árvores e arborização urbana. E a prova é tranquila no sentido de que a recorrente estava em local da rua fora da área interditada para transeuntes quando foi atingida. Ora, não há qualquer dúvida de que os prepostos da segunda recorrida foram imprudentes e negligentes quando deixaram de interditar área suficiente para evitar o sinistro. A conduta antijurídica está mesmo presente.

Quanto ao dano material, não existe prova no sentido de que o patrimônio da recorrente tenha sido atingido com pagamento de despesas médicas e com remédios. Nesse aspecto, portanto, inexiste o que reparar.

No que tange ao dano moral, terceiro tema, é sabido que ele decorre de uma lesão que atinge o íntimo do sujeito do direito, conforme ensina Rui Stoco, em *Tratado de responsabilidade civil*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.377:

> Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo.

No mesmo sentido, Pontes de Miranda, no *Tratado de direito privado*, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 26, p. 30, assim conceitua o dano moral:

> Conceito. Dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio. A expressão 'dano moral' tem concorrido para graves confusões; bem como a expressão alemã *Schmerzengeld*

(dinheiro de dor). Às vezes, os escritores e juízes dissertadores empregam a expressão 'dano moral' em sentido amplíssimo (dano à normalidade da vida de relação, dano moral estrito, que é o dano à reputação, o dano por depressão ou exaltação psíquica ou nêurica, dano que não é qualquer dos anteriores mas também não ofende o patrimônio, como o de dor sofrida, o de destruição de bem sem qualquer valor patrimonial ou de valor patrimonial ínfimo). Aí, dano moral seria dano não patrimonial. Outros têm como dano moral o dano à normalidade da vida de relação, o dano que faz baixar o moral da pessoa, e o dano à reputação.

Para o sistema jurídico brasileiro, o interesse ou é patrimonial ou é moral. Então, todo não patrimonial pode ser moral. Porém essa distinção, em que o adjetivo moral é empregado e, senso amplíssimo, somente interessa ao direito pré-processual (Código Civil, art. 76; Código de Processo Civil, art. 2º), e não ao direito material da *res in iudicium deducta* (Tomo V, § 625, 3 e 5).

Aqui, o que nos importaria seria o conceito de dano moral, ao qual, aliás, não se referem as leis brasileiras.

Há de se fazer alguns reparos à transcrição, antes de se prosseguir no raciocínio. Existe evidente erro de revisão no início do conceito, porque a referência deve ser ao credor, e não ao devedor. O CPC citado é o de 1939, em vigor à época da edição da obra e, na atualidade, a Constituição da República faz expressa referência ao dano moral.

O Prof. Renato Scognamiglio (*Novíssimo digesto italiano*, 3. ed., Torino, Itália: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, v. 5, p. 146, vocábulo *danno morale*) segue a mesma linha conceitual:

> *Mentre danni morali debbono considerarsi - per venire al punto - quelle che si risolvono al contrario nella lesione di sentimenti, delle affezioni della vittima; e dunque nella sofferenza morale, nel dolore que la persona viene supportar per un certo evento dannoso. Questa è del resto la sfera tradizionalmente riservata al danno morale - nel diritto comune si parlava di pretium doloris; nell'antico diritto tedesco di Schmerzengeld -, questa ancora la razione della sua rilevanza per il diritto, que si referisce alla esigenza di tener conto, in certi casi anche delle sofferenze, dei patemi d'animo, ecc., que la vittima può risentire.*

A apelante teve ferimentos leves, mas necessitou ser socorrida e submetida a tratamento médico, sofreu dores e desconforto. Logo, está presente o dano moral.

Resta verificar o nexo causal entre a conduta antijurídica e o dano moral existente.

Esse requisito, como se sabe, consiste precisamente na conduta comissiva ou omissiva do agente de forma a lhe impor a responsabilidade pela reparação. Caio Mário da Silva Pereira, na obra citada (*Responsabilidade civil*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997), p. 75, ensina que:

> Na etiologia da responsabilidade civil, como visto, são presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista, porque sem eles não se configura: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre uma e outro. Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um 'erro de conduta'; não basta que a vítima sofra um 'dano', que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois, se não houver um prejuízo, a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, 'é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria'. (*Traité des obligations en général*, v. 4, p. 366).

O fato que vitimou a recorrente, insista-se, teve origem na imprudência e na negligência dos prepostos da segunda apelada quando deixaram de sinalizar de modo amplo e necessário o perímetro sujeito a ser atingido pela árvore e que teria evitado o sinistro. Portanto, existe o nexo de causalidade, o que torna pertinente o inconformismo.

Finalmente, levando-se em conta que os dissabores padecidos pela apelante foram de média intensidade e sua condição social de estudante, tenho que R$ 4.000,00 são suficientes para proporcionar a ela uma satisfação compensatória pelos aborrecimentos. A irresignação deve, em parte, ser agasalhada.

Com esses fundamentos, dou parcial provimento à apelação para reformar em parte a sentença. Em consequência, julgo em parte procedente a pretensão inicial e condeno a segunda apelada a pagar à apelante a importância de R$ 4.000,00 pelos danos morais que ela suportou. A importância mencionada deverá ser corrigida com base nos índices divulgados pela douta Corregedoria-Geral de Justiça deste Tribunal, a partir da data do julgamento deste recurso e acrescida de juros de mora na base de 1% ao mês a partir da citação.

Considerando a reciprocidade da sucumbência, cada parte arcará com o pagamento dos honorários advocatícios dos respectivos procuradores. As custas processuais, inclusive do recurso, correrão pelas partes em igual proporção, respeitado, quanto à apelante, o disposto na Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AFRÂNIO VILELA e RONEY OLIVEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO.

...

Ação civil pública - Serviço notarial - Improbidade administrativa - Processo administrativo disciplinar - Sanções administrativas - Acumulação - Aplicabilidade - Art. 12 da Lei 8.429/92 - Princípio da legalidade - Princípio da moralidade - Violação - Dolo - Enriquecimento ilícito - Dano ao erário - Prova - Existência - Recurso - Improvimento

Ementa: Ação civil pública. Improbidade administrativa. Processo administrativo disciplinar. Ofensa à coisa julgada. Impossibilidade jurídica do pedido. Imcompetência do juízo. Preliminares afastadas. Violação aos princípios da moralidade e legalidade administrativas. Comprovação do dolo do enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário. Sentença mantida.

- O fato de a ré ter sido apenada em processo administrativo disciplinar não é apto a impossibilitar sua punição na esfera judicial, através da ação de improbidade administrativa, conforme previsão contida no *caput* do art. 12 da Lei 8.429/92. Aos notários, delegatários de serviço público, aplicam-se as disposições contidas na referida lei. É competente o juízo de primeiro grau para processar e julgar a ação civil pública fundada em ato de improbidade administrativa ajuizada em face de tabeliã, aplicando-lhe as penalidades previstas na Lei 8.429/92.

- Demonstrada a má-fé do agente público que deixou de repassar, a tempo e modo, a taxa de fiscalização judiciária devida à Fazenda estadual, descumprindo a legislação pertinente, bem como que, em razão de seu comportamento, obteve vantagem patrimonial indevida, causando dano ao erário, em flagrante violação aos princípios da moralidade e legalidade administrativas, configurado resta o ato de improbidade a ensejar a aplicação das penalidades da Lei nº 8.429/92.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.992319-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fernanda Pinto Correa - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2009. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Fabiano Campos Zettel.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Sr. Presidente. Ouvi atentamente as palavras do ilustre advogado e quero dizer a S. Ex.ª que, a partir do momento em que assumiu a condução dos autos, não o fez desde o início, houve uma modificação substancial nas teses defendidas brilhantemente pelo orador na tribuna.

Conheço do recurso, uma vez que preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Fernanda Pinto Correa, alegando que a requerida, tabeliã do 7º Ofício de Notas desta Capital,

> nos períodos de abril a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a fevereiro de 2004, contrariando a lei vigente à época (Lei 12.727/97, com redação dada pela Lei 13.438/99), dolosamente, no exercício da função delegada, apropriou-se da quantia de R$ 926.429,71 (novecentos e vinte e seis mil quatrocentos e vinte e nove reais e setenta e um centavos), referente à Taxa de Fiscalização Judiciária, em relação aos atos de autenticação e reconhecimento de firmas (f.02).

Aduz que

> aflora inequívoca a improbidade consubstanciada na aferição voluntária de vantagem indevida e enriquecimento ilícito em razão do exercício das funções que lhe foram delegadas, ao apropriar-se das taxas cobradas e recebidas dos usuários do serviço e não repassadas ao Estado (apuradas e comprovadas no procedimento administrativo, apenso I), causando ao Erário o prejuízo de quase um milhão de reais,

acrescentando que

> Sabido é que a conduta dolosa geradora de enriquecimento ilícito e que, ainda, acarretará efetiva lesão ao Erário constitui a espécie mais grave, aviltante e torpe de improbidade administrativa; [...], sendo pertinente, e não excessiva, a responsabilidade integral do autor,

concluindo que,

> em razão da mencionada incompatibilidade entre a personalidade da requerida e a função estatal que lhe foi delegada, [...], deve a sanção de perda da função pública ser aplicada no presente caso, nos termos do art. 12, incisos I, II e III, sem, prejuízo das demais cominações legais (f. 08).

Requereu, por isso, a procedência do pedido, para que

> seja declarada a prática pela requerida [...], de atos de improbidade administrativa [...], e, em decorrência, seja a

> mesma condenada nas sanções do art. 12, incisos I, II e III, da Lei de Improbidade Administrativa, principalmente na perda da delegação [...] excetuando-se o ressarcimento aos cofres públicos dos valores apurados no PTA nº 05 00007799056 (f. 48 do auto principal), já em recolhimento (f. 09).

O MM. Juiz *a quo* (f. 642/652) rejeitou as preliminares e julgou procedente o pedido, reconhecendo

> que a ré praticou ato de improbidade administrativa, consubstanciado no fato de que, durante os períodos citados na petição inicial, não realizou o recolhimento da taxa judiciária devida ao Fisco estadual e, com isso, feriu o princípio da moralidade administrativa e causou lesão aos cofres públicos, obtendo, com a conduta, enriquecimento ilícito (arts. 9, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa),

condenando-a "nas penalidades previstas no art.12, incisos I, II e III, da Lei 8.429/92" (f.651), e, ainda, ao "pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, incidente o verbete da Súmula STJ-14" (f. 652).

Foram opostos embargos declaratórios às f. 654/659, rejeitados pelo juízo singular às f. 660/661.

Inconformada, apelou a ré (f. 665/690), aduzindo preliminarmente a

> ofensa a coisa julgada na medida em que nada de novo se trouxe aos autos, que não os autos do processo administrativo disciplinar já julgado e transitado em julgado, cuja penalidade já foi aplicada e cumprida (f.671),

a impossibilidade jurídica do pedido, diante da "inaplicabilidade das Leis 8.429/92 e 15.424/04 em face da apelante" (f. 673), e, ainda, a incompetência absoluta do juízo, visto que "o Magistrado é incompetente para a imposição de pena disciplinar de perda de delegação que não é prevista na Lei de Improbidade Administrativa" (f. 675).

Em sede meritória, sustenta, em resumo, que

> Não bastasse o apelado e a guerreada sentença ignorarem a prova produzida, e de transferirem à defesa ônus de apontar materialidade de conduta infracional, nexo de causalidade entre atos, omissões e resultados supostamente lesivos ao Erário, nenhuma evidência contrária produziu a acusação, apenas colacionou os autos de processo administrativo já julgado, no qual o Poder Judiciário já havia decidido,

e, também, que

> os elementos de prova documental e testemunhal desmentem a dita materialidade de lesão ao Erário, revelam a anterioridade e voluntariedade dos pagamentos da apelante à correição de março de 2004 e ao procedimento disciplinar,

ressaltando que "absurda a possibilidade de improbidade administrativa quando há prova de probos e voluntários pagamentos a sufocar nos autos a vociferação do acusador" (f. 685/686).

Afiança, ainda, que

> em que pese não ter havido enriquecimento ilícito nem lesão ao erário se*, ad argumetandum tantum*, se entendesse que a conduta da apelante poderia se configurar em ato de improbidade administrativa, o que não se admite e se refuta de forma veemente, ainda assim [...], estaríamos diante de aplicação de penalidade desproporcional e exacerbada, e que não poderia jamais ser superior às penalidades já adotadas, tanto à disciplinar quanto à pecuniária (f. 687),

pugnando, ao final, o provimento do recurso.

Contrarrazões apresentadas às f. 693/707.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às f. 716/735, opinando pelo desprovimento do recurso.

Revelam os autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de Fernanda Pinto Correa, a assertiva de que a requerida, tabeliã do 7º Ofício de Notas desta Capital,

> dolosamente, apropriou-se da quantia de R$ 926,429,71 (novecentos e vinte e seis mil quatrocentos e vinte e nove reais e setenta e um centavos), referente à taxa de fiscalização judiciária, em relação aos atos de autenticação e reconhecimento de firmas,

o que implicou a aferição de vantagem indevida e enriquecimento ilícito, bem como prejuízo ao Erário, pretendo, por isso, fosse declarada a prática do ato de improbidade administrativa e, em conseqüência, aplicadas as sanções do art. 12, incisos I, II e III, da Lei 8.429/92, tendo o MM. Juiz de primeiro grau, às f. 642/652, julgado procedente o pedido, o que motivou a presente irresignação.

Inicialmente, cumpre o exame das questões preliminares suscitadas pela apelante, anotando-se, no que tange à assertiva de ofensa à coisa julgada, que o fato de a ré ter sido apenada em processo administrativo disciplinar não impossibilita sua punição na esfera judicial, através da ação de improbidade administrativa, conforme previsão contida no *caput* do art. 12 da Lei 8.429/92, ao que se acresce ser injurídica a pretensão de se estender os efeitos da decisão administrativa à esfera judicial, não havendo, de qualquer modo, que se falar em ofensa à coisa julgada.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Direito administrativo. Coisa julgada. 'A coisa julgada a que se refere a CF, art. 5º, XXXVI, é, como conceitua a LICC, art. 6º, § 3º, a decisão judicial de que já não caiba mais recurso, e não a denominada coisa julgada administrativa' (STF, 1º T, RE 144996-SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 29.04.97, v.u., *DJU* de 12.09.97) (in *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed., 2006, p. 607).

Ainda, no pertinente à alegação de impossibilidade jurídica do pedido, ressalta-se que, como bem colocado pela Julgadora singular, "Os notários estão submetidos aos princípios norteadores da Administração Pública, como delegatários de serviço público. Portanto, seus atos e condutas encontram enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa" (f. 645), não prosperando a assertiva de inaplicabilidade da Lei 8.429/92, observando-se, ainda, que não houve a aplicação da Lei 15.424/04 à ré, pelo que destituída de fundamento a alegação posta neste sentido.

Registro, finalmente, no que tange à prejudicial de incompetência do Juízo de primeiro grau, que, *in casu*, está a se perquirir a responsabilidade da ré quanto aos atos de improbidade praticados no exercício da função pública que lhe foi delegada, o que acarreta a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 8.429/92, e não imposição da pena disciplinar, como alegado nas razões de apelo.

A propósito, vale colacionar a lição doutrinária:

> Não é de hoje que o ordenamento jurídico brasileiro consagra a independência entre as esferas administrativa, cível e penal. No que toca especificamente às ações de improbidade administrativa, tal independência está lastreada em texto constitucional (art. 37, § 4º). Segue-se que, mesmo que a ação de improbidade tenha por fundamento fatos idênticos aos já analisados em outras instâncias, não há que se falar em *bis in idem*, nem tampouco na indevida intromissão do Judiciário na esfera de atribuições privativas do administrador, tendo em vista o princípio da independência entre as instâncias (FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa* - doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007, p. 370).

Dessarte, não resta dúvida de que a presente demanda deveria mesmo ter sido processada e julgada perante o Juízo singular, não havendo que se falar, também, em incompetência do Juízo de primeiro grau.

Isso posto, rejeito as preliminares de ofensa à coisa julgada, impossibilidade jurídica do pedido e incompetência do juízo, passando ao exame do mérito propriamente dito.

DES. ELIAS CAMILO - Rejeito as preliminares de ofensa à coisa julgada e de impossibilidade jurídica do pedido.

Quanto à preliminar de incompetência do Juízo, também a afasto, mesmo porque o foro privilegiado é uma exceção no direito e a questão aqui não diz respeito a qualquer foro privilegiado.

DES. FERNANDO BRÁULIO - De acordo.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Nesse mister, anoto que a Lei nº 8.429/92 estabelece as hipóteses que configuram atos de improbidade administrativa, dividindo-os em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), que causam prejuízo ao erário (art. 10) e que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11), dispondo o *caput* dos artigos apontados, e o inciso II do art. 11, *verbis*:

> Art. 9. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:
> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
> I - [...];
> II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

A conduta da Tabeliã pode ser enquadrada nas hipóteses previstas no *caput* dos arts. 9 e 10, bem como no inciso II do art. 11 da lei precitada, estando configurada a meu aviso a violação dos deveres de moralidade e legalidade, bem como configurada a lesão ao erário, e o enriquecimento ilícito, em virtude da ausência do repasse, a tempo e modo, da taxa de fiscalização judiciária à Fazenda Estadual, obrigação esta que lhe era imposta pela lei de regência; entretanto, ainda que assim seja reconhecido, importa apurar se tal fato é suficiente a gerar a responsabilização e a punição prevista pela legislação em comento.

É a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> A rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há que se perquirir a intenção do agente, para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei, como se verá no item subseqüente.
> [...]
> O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além do mais, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera

> administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham o mínimo de gravidade, por apresentarem conseqüências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins (in *Direito administrativo*. 18. ed., São Paulo: Atlas, p. 726/728).

In hipothesi, não existem dúvidas de que a ré, na qualidade de Tabeliã do 7º Ofício de Notas da Comarca de Belo Horizonte, indevidamente, deixou de recolher os valores referentes à taxa de fiscalização judiciária, devidos à Fazenda Pública estadual, descumprindo o preceito contido no art. 8º, § 3º, da Lei Estadual 12.727/97, com redação dada pela Lei nº 13.438/99, que estabelece, *in verbis*:

> Art. 8º Consideram-se emolumentos a retribuição pecuniária devida pelas partes a Tabelião, Registrador ou Juiz de Paz pela prática dos atos de sua competência.
> [...]
> § 3º Os notários e registradores recolherão ao Tesouro Estadual, diária ou semanalmente, por meio de guia própria, os valores destinados à fiscalização judiciária dos atos que praticarem, em conformidade com as tabelas do Anexo II desta Lei.

Nesse diapasão, vale colacionar o excerto da decisão proferida no processo administrativo disciplinar a que foi submetida:

> [...], a taxa de fiscalização judiciária vem prevista no art. 8º, § 3, da Lei 12.727/97 que dispõe a obrigatória do recolhimento diário ou semanal dos valores destinados à fiscalização judiciária, sob inteira responsabilidade do notário ou registrador.
> Trata-se de uma obrigação tributária, com imperativo de recolhimento a tempo e modo, sem discricionariedade para a pratica de tal ato.
> Comprova-se robustamente o descumprimento da aludida norma, conforme leitura do depoimento prestado pela Tabeliã, matéria alegada em sede de defesa e informações fornecidas pela Comissão Processante.
> Com efeito versa a Lei 8.429/92, em seu art. 9º, que comete ato de improbidade o agente público servidor ou não que aufere qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade.
> Tudo se reflete na autodenúncia formulada pela própria Tabeliã/Indiciada, sob a vultosa cifra de R$ 912.429,41 (novecentos e doze mil e quatrocentos e vinte reais e quarenta centavos) do total do crédito tributário.
> É de bom alvitre colacionar trecho do relatório final da Comissão Processante, posto cotejar a real geografia da conduta da titular dos serviços notariais.
> 'Destarte, conclui-se com clareza que o não recolhimento da taxa de Fiscalização Judiciária, aos cofres públicos, configura ilícito administrativo, que pode, s.m.j., inclusive ensejar oferta de denúncia por parte do RMP' (37/38).

Lado outro, do conjunto probatório dos autos, que, diga-se, foi instruído também com as peças do procedimento investigatório nº 045/05, instaurado pela Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (f. 12/387), e não apenas com "os autos do processo administrativo", como afirmado nas razões de apelo (f. 685), ressai claro que a apelante agiu dolosamente ao deixar de efetuar o repasse dos valores devidos à Fazenda estadual, apropriando-se, sabidamente, do que não era seu.

Nesse aspecto, é de se registrar que a prova oral trazida aos autos pela própria apelante informou:

> Tem conhecimento de que a requerida deixou de recolher alguns valores, de emolumentos, para os cofres públicos. Tais fatos ocorreram porque, no período a requerida passou por um processo de separação judicial e de enfermidade. A depoente é que cuidou de fazer o levantamento dos valores devidos mês a mês. Lembra-se que no ano de 2003 é que a requerida pediu para que fossem feitos os levantamentos. Não se recorda com exatidão, mas acredita que a falta de recolhimento tenha iniciado no final de 2002. Os pagamentos foram feitos paulatinamente, conforme empréstimos que a requerida conseguia. Nas guias de recolhimento dos impostos está escrito a qual mês corresponde o débito. Exemplifica a depoente que um débito de 2002, pago em 2003 ou 2004, utilizou uma guia de recolhimento com a menção, por exemplo, débito de tal período (depoimento de Sheila Fernanda Batista, f. 586).

Não bastasse, cumpre salientar que não servem de escusa à sua conduta as alegações atinentes à ilegalidade da cobrança da taxa de fiscalização judiciária, ao que se acresce não ser esta a via adequada para tal discussão.

Com efeito, se a ora apelante entendia que o pagamento da referida taxa não era devido, deveria ter-se valido dos meios disponíveis para discutir a sua legalidade, e não simplesmente deixar de efetuar o recolhimento aos cofres estaduais como lhe impunha a lei, o que fez durante aproximadamente 2 anos, restando, de todo modo, patente, que, em razão de seu comportamento ímprobo, obteve vantagem patrimonial indevida, causando dano ao erário público, em flagrante violação aos princípios da moralidade e legalidade administrativas.

Finalmente, registra-se que a denúncia espontânea, realizada após a correição realizada pela Corregedoria, também não tem o condão de afastar a reprovabilidade da conduta, constatando-se, mesmo, que, *in casu*, importou apenas no adiantamento, voluntário, da restituição dos valores apropriados indevidamente pela apelante, e, justamente, por isso, não causa estranheza alguma a circunstância de não ter sido "pleiteada a devolução dos valores referentes aos supostos danos ao erário e enriquecimento ilícito" (f. 686), o que, corretamente, não se incluiu na condenação.

Nesse propósito, Waldo Fazzio Junior esclarece:

> Dessa ordem é o entendimento de Francisco Otavio de Almeida Prado [...], ao concluir que 'impõe-se como diretriz para dosagem das penalidades a seleção daquelas que se apresentem compatíveis com a efetiva gravidade das infrações', acrescentando depois 'a dosagem da pena, ademais, deverá levar em conta a intensidade do elemento sub-

> jetivo do agente, revelador do caráter mais ou menos ímprobo de sua conduta´.
> Exceção feita ao ressarcimento de dano (quando houver) e perdimento de bens (no enriquecimento ilícito), pensamos que o juiz poderá, atendendo aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do ato de improbidade, selecionar as penas adequadas ao fato dentre as cominadas na Lei 8.429/92.
> Não se olvide que o ressarcimento do dano é imposição geral do direito obrigacional comum e o perdimento de bens não é, na realidade, perdimento; é mera devolução do que foi indevidamente obtido. Figuram na Lei 8.429/92, no sítio das sanções, mas não nasceram ali, posto que, como princípios jurídicos ancestrais, sua enunciação é de rigor (*Atos de improbidade administrativa* - doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007, p. 362/363).

Dessa feita, comungo do posicionamento adotado pelo douto Julgador singular, inclusive no que tange à penalidade aplicada, observando, apenas, que as sanções descritas no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.429/92, absorvem aquelas previstas nos demais incisos e, ainda, que, não obstante prescreva o parágrafo único que "Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente", não se vislumbra qualquer excesso na sentença primeva, levando-se em conta as peculiaridades do caso, a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido e, ainda, o fato de que não é a primeira vez que a ré comete ilícitos administrativos, como se vê da certidão acostada às f. 53/54.

Sobre o tema, preleciona Hely Lopes Meirelles:

> A Lei de Improbidade Administrativa é importante instrumento de defesa da moralidade pública [...] Indisponibilidade de bens e afastamento do cargo, dentre outras, são todas medidas que, quando aplicadas com parcimônia e responsabilidade, se transformam em fundamentais alicerces da proteção ao patrimônio público e do respeito aos princípios constitucionais da moralidade e da legalidade (*Mandado de segurança*. 28. ed. Ed. Malheiros, 2005, p. 230/231).

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso especial. Alíneas a e c. Administrativo. Ação de improbidade administrativa. Pagamento indevido de horas extras a ocupantes de cargo em comissão. Acórdão que afastou a aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos por três anos determinada pela sentença. Alegação do Ministério Público estadual de que não há possibilidade de excluir a sanção. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Possibilidade de incidência não cumulativa das sanções do art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92. Divergência jurisprudencial não configurada.
> A aplicação das sanções da Lei 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade. Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no art. 12 e incisos da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc. [...] (REsp 300184/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma, j. em 04.09.03, *DJ* de 03.11.03, p. 291).

Mediante tais considerações, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso, para manter a bem-lançada sentença de f. 642/652, que, em termos de excelência, faz jus a seu prolator, Dr. Manoel dos Reis Morais.

Custas recursais, pela apelante.

DES. ELIAS CAMILO - No mérito, pelo fato de já ter sido a apelante punida administrativamente, ou cumprido com a obrigação pela qual estava obrigada ao recolhimento, tal fato não exclui a possibilidade do processo correspondente na via judicial.

Em razão disso, subscrevendo, na íntegra, o voto da douta Relatora, também nego provimento ao recurso.

DES. FERNANDO BRÁULIO - Peço vista.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES. PEDIU VISTA O VOGAL. A RELATORA E O REVISOR NEGAVAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BRÁULIO - O julgamento deste feito, após rejeitadas as preliminares, foi adiado na sessão do dia 15.01.09, a meu pedido, depois de votarem a Relatora e o Revisor, negando provimento ao recurso.

O meu voto é o seguinte.

Verifico que, nos autos da ação civil pública, proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a ora apelante, tabeliã do 7º Ofício de Notas desta Capital por ato de improbidade administrativa, o MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias julgou procedente o pedido e condenou a apelante, como incursa nas penalidades do art. 12, itens I, II e III, da Lei 8.429/92, a: perda da delegação notarial; suspensão dos direitos políticos por 8 anos; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez (10) anos. E ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado de 10% sobre o valor da causa (f. 651/652).

Da sentença recorreu a ré, batendo-se pelo provimento do recurso para que seja julgado inteiramente improcedente o pedido.

Arguiu preliminares que foram rejeitadas por unanimidade.

O ato de improbidade pelo qual está sendo julgada a apelante foi o de não ter recolhido a taxa de fiscalização

judiciária devida, no período de abril a dezembro de 2002, de janeiro a dezembro de 2003 e de janeiro a fevereiro de 2004, causando ao Fisco estadual o prejuízo de R$ 926.429,71.

No processo administrativo, instaurado pela Corregedoria-Geral de Justiça, ficou acertada a restituição da dívida em parcelas pelo prazo de 5 anos e foi imposta à infratora a pena de suspensão pelo prazo de noventa dias.

O ofício de notários e registradores está assim previsto na Constituição da República:

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.
> § 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.
> § 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

Editou-se a Lei 8.935, de 18.11.94, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, que regula as atividades, disciplina a responsabilidade civil e criminal dos notários e registradores e define a fiscalização de seus atos pelo Judiciário.

Em contraprestação de seus serviços, a lei prevê para os notários e registradores a remuneração denominada emolumentos, e sobre estes incide a taxa de fiscalização judiciária.

Pelo não recolhimento do tributo, nos períodos acima mencionados, foi instaurado processo administrativo contra a apelante, sendo a mesma condenada à pena de suspensão por noventa (90) dias, além da restituição, em parcelas, pelo prazo de 5 anos, com multa, juros e correção monetária, do tributo não pago.

A pena disciplinar em que foi incursa a infratora está prevista no art. 32, III, da Lei 8.935/94, por ter faltado ao dever constante do art. 30, XI ("fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar").

A meu ver, o não pagamento, sem fraude, de tributo a que se acham sujeitos os notários e registradores, que incide sobre os emolumentos que percebem pelos seus serviços, não constitui ato de improbidade administrativa, mas infração prevista na Lei 8.935/1994.

A aplicação pelo mesmo fato de pesadas penas, como perda da delegação notarial, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de 10 anos (f. 651/652), além da de suspensão por 90 dias, está prevista na legislação específica, constitui, *data venia*, autêntico *bis in idem*, profligado pelo direito.

Ainda se constituísse ato de improbidade administrativa, bem de ver que não foram observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

> A razoabilidade e a proporcionalidade são princípios constitucionais interligados, de natureza implícita, derivados do princípio da legalidade.
> A razoabilidade significa a justeza, a coerência da ação administrativa ou de motivo que a originou. Ela tem que ser resultante de motivo 'razoável' e 'justo' (aceitável, sensato, não excessivo) que legitima, por necessidade social, sua prática.
> A proporcionalidade, por sua vez, significa a adequação, a compatibilidade e a suficiência da resposta administrativa ao fato ou motivo que a ensejou.

Citando Lúcia Valle Figueiredo, continua Marino Pazzagllni Filho, em sua apreciada obra *Lei de Improbidade Administrativa comentada*, Ed. Atlas, p. 38:

> Como acertadamente afirma Lúcia Valle Figueiredo:
> 'Em síntese: a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência.
> Ao lado da razoabilidade traz-se à colação, também como principio importantíssimo, o da proporcionalidade. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade na direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades administrativas. Vale dizer: só se sacrificam interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses prlmários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública.'

Não se pode deixar de considerar que o Judiciário, ao aplicar a mais grave penalidade, qual a de perda da delegação, quando pelo mesmo motivo, a Administração houve por cominar à apelante 'a pena de suspensão por 90 dias, imiscuiu-se, a meu ver, no mérito administrativo, o que lhe é defeso.

> Em tais atos (discricionários), - adverte o inesquecível Hely Lopes Meirelles - desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação (*Direito administrativo brasileiro*. 15. ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 132).

Isso posto, rogando vênia aos entendimentos em contrário, dou provimento ao apelo para que, reformada a r. sentença recorrida, seja julgado improcedente o pedido, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

É como voto.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

...

Ação de nulidade - Alienação de imóvel - Venda de descendente a ascendente - Possibilidade - Negócio jurídico - Validade

Ementa: Anulatória. Negócio jurídico. Alienação de imóvel. Descendente a ascendente. Possibilidade.

- A legislação processual civil dispõe ser anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes expressamente houverem consentido, porém não proíbe que a venda seja feita de descendente a ascendente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0514.04.012750-8/001 - Comarca de Pitangui - Apelantes: Éder Ramos de Oliveira e outro - Apelada: Rita Carolina Lobato - Relator: DES. SENRA DELGADO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2009. - *Senra Delgado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SENRA DELGADO - Éder Ramos de Oliveira e outro apelam da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Pitangui-MG, que julgou improcedente a ação "ordinária de nulidade de compra de bem imóvel feita por ascendente" proposta contra Rita Carolina Lobato, condenando-os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, suspensa a sua execução por litigarem os autores sob o pálio da gratuidade de justiça.

Trata a exordial de ação ordinária em que os autores pretendem a nulidade da escritura e registro da venda de 2/8 de uma casa de residência, atualmente com cinco cômodos transformados em duas lojas, sendo uma loja com quatro cômodos, um porão e quintal de 552,10 m^2, situada na Praça Brito Conde, nº 100, na Cidade de Pitangui-MG, registrada sob a matrícula nº R-23.026 no Cartório de Registro de Imóveis daquela cidade. Segundo os autores, o negócio jurídico teria sido feito entre descendente e ascendente, ou seja, entre o seu genitor, Sr. Charles Roberto Ramos de Oliveira, e a mãe do genitor Rita Carolina Lobato, avó dos autores, contrariando os arts. 166 e 496 do Código Civil.

Contestando, a requerida alegou preliminarmente litispendência; nulidade de procuração assinada pela mãe do autor S.R.O., que, por ser ele menor relativamente capaz, deveria ter sido lavrada por instrumento público, e prejudicial de prescrição por ter transcorrido mais de dez anos da celebração do negócio jurídico. *De meritis*, alegou a inexistência de nulidade do ato jurídico, já que a venda fora feita de descendente a ascendente, e não como previsto no art. 496 do Código Civil (de ascedente a descendente), restando presentes todos os requisitos para a sua validade, motivos pelos quais se bateu pela improcedência da pretensão exordial.

A sentença de f. 172-176 rejeitou as preliminares, a prejudicial de prescrição e julgou improcedente a ação ao argumento de que "o Código Civil não traz qualquer norma que condicione a validade de venda de descendente para ascendente ao consentimento dos demais descedentes" (sic) (f.175).

Éder Ramos de Oliveira e S.R.O. recorrem, alegando que a compra e venda do supracitado imóvel malferiu o art. 496 do Código Civil e violou a consequente escritura pública e o seu registro. Aduzem ainda terem sido prejudicados com a negociação, motivos pelos quais se batem pela reforma da r. sentença fustigada, para que seja anulada a escritura pública e cancelado o registro do imóvel, objeto da lide.

Contrarrazões à f. 186, pela manutenção da r. sentença.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Tratam os autos de ação anulatória de ato jurídico, pela qual os autores pretendem a declaração da nulidade da escritura pública de venda e do respectivo registro do imóvel constituído por 2/8 de uma casa de residência, atualmente com cinco cômodos transformados em duas lojas, sendo uma loja com quatro cômodos, um porão e quintal de 552,10 m^2, situado na Praça Brito Conde, nº 100, na Cidade de Pitangui-MG, ao argumento de ter a venda sido realizada pelo seu falecido pai, em desacordo com a legislação civil.

O art. 166 do Código Civil vaticina ser nulo o negócio jurídico quando for celebrado por pessoa absolutamente incapaz; for ilícito, impossível e indeterminado o seu objeto; for ilícito o motivo determinante, comum às partes; não revestir forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considerar essencial para a sua validade; tiver por objeto fraudar lei imperativa, ou se a lei taxativamente proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Por seu turno o art. 496 do mesmo *Codex* dispõe ser anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante houverem consentido expressamente.

O ordenamento jurídico consagra a igualdade entre os descendentes perante o ascendente, de modo que a todos aqueles é assegurado tratamento equânime, justamente para evitar privilégios com a venda fictícia para um ou para outro.

A intenção do art. 496 do Código Civil é justamente evitar que uma venda simulada altere a igualdade dos quinhões hereditários dos descendentes, encobrindo possível doação sob o manto de uma compra e venda o que representaria um adiantamento de legítimas.

Assim, a falta de concordância dos descendentes que não figurem contratualmente como adquirentes acarreta presunção de vício de consentimento, no caso presunção de fraude contra os demais, que ficam autorizados a buscar a anulação da venda.

Todavia, *in casu*, nada disso aconteceu.

Na realidade, os autos noticiam negócio jurídico havido de forma contrária, ou seja, de descendente para ascendente, já que o pai dos autores vendeu o supracitado imóvel para sua genetriz e avó dos autores.

Seria de se indagar a possibilidade da restrição apontada no art. 496 do Código Civil atingir a venda de descendente a ascendente.

A propósito, jurisprudência, *mutatis mutandis*:

> Medida cautelar de arrolamento de bens - Venda de descendente a ascendente - Alegação de ato simulado - Procurador com poderes insuficientes. - Presume-se fraudulenta a venda de ascendente a descendente (Código Civil, art.1123), mas não no caso inverso. Para este há necessidade de prova. O direito de impugnar a alienação de bens feita por mandatário com poderes insuficientes é do outorgante, e não de terceiros. Apelação improvida. (Apelação Cível nº 32.694 - Apelante: Silvana Picinin - Apelados Miguel Jorge Safe Neto e outros - Relator Desembargador Dilermando Meireles - TJDFT - Acórdão nº 71.619).

E a doutrina de Álvaro Vilaça Azevedo:

> Elucida-nos, a respeito, Rubens Limonge França, escudado em Agostinho Alvim, que a proibição é extensiva a todos os herdeiros necessários, havendo, pois, obrigatoriedade de anuência dos demais. Assim, realizando-se a venda por descendente a ascendente, necessário é que o outro ascendente concorde com ela, o que resulta, ainda, na combinação dos arts.1.829 e 1846 do novo Código Civil (arts.1.603 e 1.721 do Código Civil, de 1916). Não há que se falar, entretanto, genericamente, de anuência de venda de descendentes a ascendentes, pois tão-só têm direito a impugnar esse negócio de alienação os que, sendo herdeiros necessários, tiverem direito a sucessão do bem, objeto do mesmo negócio, e no momento da realização deste [...].
>
> Por outro lado, caso um filho venda a seu pai, viúvo, não se deve cogitar da anuência, por exemplo, de quem quer que seja, mesmo que de bisavô, porque, na linha ascendente, não ocorre o *ius representationis*, o direito de representação, segundo dispõe o art.1.852 do novo Código Civil (art.1.621 do Código de 1916). Veja-se, mais, que, se a venda se der a ascendente casado com comunhão universal ou parcial de bens, inócua torna-se a aquiescência do outro cônjuge, que, necessariamente, restará dono da metade do bem pelo outro adquirido, a título oneroso. (*Comentários ao novo Código Civil* - Das várias espécies de contrato (art. 496). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 7, p.155-156).

Vencidos os obstáculos dispostos nos arts. 166 e 496 do Código Civil, melhor sorte não assiste aos recorrentes, visto que não há impedimento de o descendente vender bem de raiz ao seu ascendente.

Como bem afirmou o MM. Juiz *a quo*:

> [...] o artigo mencionado pelos autores não se aplica ao presente caso, sendo certo ainda que o Código Civil não traz qualquer norma que condicione a validade da venda de descendente para ascendente ao consentimento dos demais descendentes (sic) (f.175).

Portanto, impossível a declaração de nulidade da escritura pública e do respectivo registro, devendo ser mantida a r. sentença monocrática, por seus próprios fundamentos.

Nego provimento ao recurso para manter intocada a r. decisão hostilizada.

Custas recursais, pelos apelantes, ressalvada a concessão da gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES e MOTA E SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação ordinária - Sociedade de economia mista federal - Competência jurisdicional - Justiça comum - Vara da Fazenda Pública e autarquias - Incompetência absoluta - Sentença - Anulação - Juízo competente - Vara Cível - Redistribuição do processo

Ementa: Processo civil. Competência. Ação ordinária proposta contra sociedade de economia mista controlada pela União. Incompetência do Juízo de Fazenda Pública e Autarquias.

- A sociedade de economia mista controlada pela União tem foro na Justiça Federal somente quando a União é parte ou intervém na causa como assistente ou oponente.

- O art. 59 da Lei Complementar Estadual nº 59/2001 estabelece a competência dos Juízos de Fazenda Pública e Autarquias para processar e julgar causas cíveis em que intervenham, como autor, réu, assistente ou opoente o Estado, os Municípios, suas autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito público estaduais ou municipais e, onde não houver Vara da Justiça Federal, as decorrentes do § 3º do art. 109 da Constituição Federal, respeitada a competência de foro estabelecida na lei processual.

- A Juiz de Vara de Fazenda Pública e Autarquias não compete examinar e julgar causa em que Furnas Centrais Elétricas S.A. figure como parte, mas a Juiz de Vara Cível, por se tratar de sociedade de economia mista federal. De ofício, anula-se o processo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.019358-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Mauro Lúcio Teixeira de Queiroz - Apelada: Furnas Centrais Elétricas S.A. - 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 ANULAR O PROCESSO, DE OFÍCIO.

Belo Horizonte, 5 de fevereiro de 2009. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

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

A sentença de f. 250/253-TJ, que foi proferida pela Juíza de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, julgou improcedente o pedido desta ação ordinária promovida por Mauro Lúcio Teixeira de Queiroz contra Furnas Centrais Elétricas S.A.

Examino, de ofício, a competência para o processamento e o julgamento da causa.

A ré Furnas Centrais Elétricas S.A., conforme está às f. 143/165-TJ, é uma sociedade de economia mista subsidiária das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás, ou seja, concessionária de energia elétrica sob o controle da União.

Por não se tratar de causa em que a União figure como parte ou intervenha como assistente ou opoente, a competência é da Justiça Comum, segundo o entendimento consolidado nos Enunciados 517 e 556 da súmula do Supremo Tribunal Federal:

> As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou opoente (Enunciado 517).
>
> É competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista (Enunciado 556).

No entanto, relativamente à competência de primeiro grau, não se trata de causa passível de exame e julgamento por Juiz de Vara de Fazenda Pública e Autarquias, como ocorreu na sentença de f. 250/253-TJ, tendo em vista o disposto no art. 59 da Lei Complementar Estadual nº 59/2001.

O referido dispositivo estabelece a competência dos Juízos das Varas privativas da Fazenda Pública e Autarquias para processar e julgar causas cíveis em que intervenham, como autor, réu, assistente ou opoente, o Estado, os Municípios, suas autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito público estaduais ou municipais e, onde não houver Vara da Justiça Federal, as decorrentes do § 3º do art. 109 da Constituição Federal, respeitada a competência de foro estabelecida na lei processual.

Logo, não compete a Juiz de Vara de Fazenda Pública e Autarquias examinar e julgar causa em que Furnas Centrais Elétricas S.A. figure como parte, mas a Juiz de Vara Cível.

Nesse sentido, decidiu a 2ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, no julgamento do Conflito de Competência nº 1.0000.07.466374-1/000, Relator o Desembargador Roney Oliveira, acórdão publicado no *Diário do Judiciário* de 24.06.2008.

Sobre o tema, menciono ementas de outros julgados nos quais são examinadas situações análogas:

> Conflito de competência. Vara Cível e Vara da Fazenda Pública. Participação de sociedade de economia mista da União, pois o Estado alienou o controle acionário das Centrais de Abastecimento de Minas Gerais S.A. (Ceasa) para o ente federal. Repele-se a competência da Justiça Federal pela interpretação do art. 109, I, da CF/88, bem como tendo em vista o teor das Súmulas 517 e 556 do STF e Súmula 42 do STJ. Não se aplica ao caso a regra de competência inserida no art. 59 da Lei Complementar nº 59/01 (Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais), visto que atualmente as Centrais de Abastecimento do Estado se constituem em sociedades de economia mista da União. Conflito de competência que se conhece, para declarar competente o Juiz suscitado, qual seja o da Vara Cível de Contagem (Conflito Negativo de Competência nº 1.0000.03.404267-1/000, Relator o Desembargador Ernane Fidélis, *DJ* de 25.06.2004).
>
> Ação de indenização por danos materiais movida contra a Ceasa - Sociedade de economia mista federal - Incompetência absoluta da Vara da Fazenda Pública, Falências e Registros Públicos - Preclusão - Inocorrência - Matéria de ordem pública - Juízo competente - Vara Cível - Inaplicabilidade do art. 59 da lei que dispõe sobre a organização e divisão judiciárias.
> - A matéria relativa à incompetência do juízo é de ordem pública, sobre ela não se operam os efeitos da preclusão.
> - Tratando-se de sociedade de economia mista federal, o juízo competente para julgar as ações em que são partes é o cível, e não a Vara da Fazenda Pública, Falência/Concordatas e Registros Públicos, uma vez que não se aplica às Centrais de Abastecimento em tela (Ceasa) a regra de competência inserida no art. 59 da Lei Complementar nº 59/01, que dispõe sobre a organização e divisão judiciárias do Estado de Minas Gerais (Apelação Cível nº 1.0079.04.125985-8/001, Relator o Des. Irmar Ferreira Campos, *DJ* de 19.11.08).

Portanto, verificada a incompetência do Juízo que prolatou a sentença, impõe-se a anulação do processo,

a partir da decisão de f. 139/140-TJ, nos termos do § 2º do art. 113 do Código de Processo Civil, e a determinação de remessa dos autos para distribuição a uma das Varas Cíveis da Comarca de Belo Horizonte.

De ofício, anulo o processo, desde a decisão de f. 139/140-TJ, para sua distribuição a um dos Juízos das Varas Cíveis da Comarca de Belo Horizonte.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ FRANCISCO BUENO e AUDEBERT DELAGE.

Súmula - ANULARAM O PROCESSO, DE OFÍCIO.

...

Indenização - Danos morais e materiais - Acidente de trânsito - Concessionária de serviço público - Nexo causal - Não configuração Falta de habilitação para dirigir veículo - Culpa exclusiva da vítima - Dever de indenizar - Inexistência

Ementa: Processual civil e administrativo. Indenização por danos morais e materiais. Obstáculo na pista. Nexo de causalidade inexistente. Pedido improcedente.

- A ausência de nexo de causalidade entre o dano e a conduta imputada à concessionária de serviço público afasta o dever de indenizar, mormente se a dinâmica do acidente, envolvendo condutor não habilitado, resvala na culpa exclusiva da vítima.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0596.07.042848-4/003 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Apelante: Copasa - Companhia de Saneamento de Minas Gerais/Araxá - Apelado: Estêvão José Borges Galvão - Relator: DES. MAURO SOARES DE FREITAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2009. - *Mauro Soares de Freitas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Cuida-se, originariamente, de "ação de indenização" (f. 02/06) ajuizada por Estêvão José Borges Galvão contra a Companhia de Saneamento de Minas Gerais - Copasa/MG, em cujas razões de fato e fundamentos jurídicos do pedido o autor reclamou o pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes do acidente automobilístico sofrido na noite do dia 8 de agosto de 2007, quando, ao trafegar pela Rua Cônego Adolfo Carneiro com sua motocicleta, colidiu com um monte de pedras deixado no centro da via pública, cuja responsabilidade imputou aos operários da requerida que, na véspera, supostamente teriam realizado obras no local.

Adota-se o relatório contido na sentença vista às f. 124/133, ao acréscimo de que o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Santa Rita do Sapucaí julgou parcialmente procedentes os pedidos, mais precisamente para condenar a concessionária de serviço público ao pagamento da quantia de R$10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, sem prejuízo dos danos materiais, a serem apurados em liquidação por artigos (despesas com tratamento médico e com os reparos do veículo sinistrado), tudo acrescido de juros de mora à taxa de 1% (um por cento) ao mês, sendo os honorários de sucumbência fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Em pedido de nova decisão (f. 137/174), a concessionária de serviço público reitera a preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, adverte acerca da inexistência de nexo de causalidade entre o dano e a conduta que lhe é imputada, ao acréscimo de que não realizou obras no local do acidente. Alega culpa exclusiva da vítima, à consideração de que o condutor não era habilitado, tendo, inclusive, incorrido na prática de crime de trânsito. Insurge-se contra o valor fixado a título de indenização, pugnando, ao final, pelo provimento do recurso e consequente reforma da sentença objurgada.

Resposta às f. 152/162, em óbvia infirmação.

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conhece-se do apelo.

Conforme consignado em linhas anteriores, a Copasa/MG argúi sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação, ao argumento de que não abriu o buraco na pista de rolamento, nem tampouco deixou pedras empilhadas na rua.

Olvida-se a apelante, todavia, que a verificação da pertinência subjetiva deve-se orientar pela análise abstrata da relação jurídica de direito material, de sorte que, se numa análise preliminar dos fatos, verifica-se que o pedido deduzido pelo autor deve ser, de fato, dirigido ao réu, a quem, em tese, cabe suportar os efeitos de eventual condenação, resta caracterizada a pertinência subjetiva da lide.

Dessarte, rejeita-se a preliminar.

Os autos informam que o autor, em que pese não ser condutor habilitado, trafegava com sua motocicleta,

vindo a colidir em um monte de pedras deixado no leito da Rua Cônego Adolfo Carneiro, na cidade de Santa Rita do Sapucaí/MG.

A dinâmica do acidente, todavia, não comprova que a obstrução na pista foi causada por operários da concessionária de serviço público, não se sabendo, ao certo, tratar-se de obra do Município de Santa Rita do Sapucaí ou se de intervenção de particular, já que as pedras misteriosamente foram fotografadas em propriedade de terceiro (f. 14).

Calha transcrever, a propósito, o depoimento (f. 104) da testemunha Corina Deniauria Camargo, que, às perguntas que lhe foram formuladas, respondeu, *verbis*:

> [...] que trabalha na Copasa desde outubro de 2002 e está lotada no escritório desde *(rectius* deste) Município e Comarca de Santa Rita do Sapucaí - MG; [...] que não havia nenhuma Ordem de Serviço sobre obras da Copasa no mês de agosto de 2007, na Rua Cônego Adolfo Carneiro, nesta cidade [...]; que o deslocamento de empregados da Copasa e de seus maquinários somente ocorre mediante Ordem de Serviço; que não houve nenhuma solicitação de moradores da Rua Cônego Adolfo Carneiro à Copasa que pudesse justificar uma obra naquele local; [...].

Frise-se que o depoimento das testemunhas Anderson Charles de Morais (f. 122) e Giovani César Ribeiro (f. 123), no sentido de que, na véspera do acidente, havia operários trabalhando no local com jaleco azul e logotipo da Copasa, por si só, não tem o condão de configurar o indispensável nexo de causalidade entre o dano e a conduta imputada à recorrente, que, como visto, não executa obras ou desloca operários sem as respectivas ordens de serviço.

Nesse particular, milita em desfavor do apelado a ausência de boletim de ocorrência com a descrição das condições da pista no momento do acidente, não se olvidando que a única testemunha ocular do sinistro, Anderson Charles de Morais, informou que a via era pouco iluminada. A esse fato, some-se a declaração do próprio autor, quando de seu depoimento pessoal, ao afirmar, *verbis*:

> [...] que, no dia 08.08.2007, por volta de 20:00 horas, o depoente pilotava a motocicleta Honda de placa DOH-7222, pela Rua Cônego Adolfo Carneiro, sem ser regularmente habilitado para dirigir biciclo motorizado; que o depoente estava subindo esta rua e do lado contrário dela havia poste de iluminação artificial; que essa iluminação clareava 'mais ou menos a rua'; que em sentido contrário vinha um carro com farol alto, que 'atrapalhou a minha visão'; que nisso o depoente impactou-se com um obstáculo bem no meio da via pública, por onde trafegava; [...].

Como visto, a dinâmica do acidente não se encontra suficientemente esclarecida nos autos, sendo que o próprio condutor se disse vítima de ofuscamento, que, para Arnaldo Rizzardo - in *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*, 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 790 -, *verbis*:

> [...] é fato corriqueiro, plenamente previsível e evitável, que a todo motorista deve apresentar-se como normal e perfeitamente controlável.
> Tal fenômeno é provocado pela luz do sol e pela luminosidade irradiada por outros veículos que demandam em sentido contrário, à noite. Ao condutor cabe diminuir a velocidade, de modo a manter sob controle o carro, ao enfrentar este obstáculo. As condições necessárias ao que possui habilitação abrangem a capacidade de manter a máquina sob domínio seguro, na pista e na mão de direção corretas. Mais que justificativa, a alegação de deslumbramento mostra não portar o autor do acidente a perícia exigida para enfrentar um acontecimento freqüente e comum nas ruas, avenidas e estradas.

A hipótese vertente resvala em causa excludente de responsabilidade da Administração, em razão de provável culpa exclusiva da vítima, que, sem habilitação para dirigir motocicleta, teve a visão ofuscada por veículo que vinha em direção contrária, sendo o local do acidente pouco iluminado.

De toda sorte, não há nos autos prova capaz de corroborar a assertiva de que o monte de pedras deixado na pista de rolamento fora obra de operários da concessionária de serviço público, que, em razão disso, fica isenta da obrigação de indenizar.

Forte em tais argumentos, rejeitada a preliminar, dá-se provimento ao recurso, mais precisamente para julgar improcedentes os pedidos formulados por Estêvão José Borges Galvão em desfavor da Companhia de Saneamento de Minas Gerais - Copasa/MG, condenando o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, inclusive recursais, bem como honorários advocatícios de sucumbência, fixados em R$1.000,00 (mil reais), mas cuja exigibilidade por ora se suspende, na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50. Em tempo, intime-se o ilustre representante do Ministério Público estadual, oficiante na 2ª Vara da Comarca de Santa Rita do Sapucaí, para apurar a prática, em tese, da conduta delitiva descrita pelo art. 309 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BARROS LEVENHAGEN e MARIA ELZA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Agravo de instrumento - Cumprimento de sentença - Multa - Art. 475-J do CPC - Termo inicial - Trânsito em julgado da sentença condenatória - Intimação prévia do devedor - Desnecessidade

Ementa: Ação de reparação de danos morais. Cumprimento de sentença. Multa prevista no art. 475-J do CPC.

Termo inicial. Trânsito em julgado da sentença condenatória. Intimação prévia do devedor. Desnecessidade.

- A incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC ocorre na hipótese em que o devedor condenado a pagar quantia certa ou já fixada em liquidação de sentença não cumpre a obrigação, espontaneamente, no prazo de 15 (quinze) dias contados do trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo desnecessária a intimação do devedor para esse fim específico.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0194.05.054812-3/002 - Comarca de Coronel Fabriciano - Agravante: José Augusto Lourenço dos Santos - Agravados: Warley Guerra Duarte, Jornal Cidades Editora Gráfica e outros - Relator: DES. ELPÍDIO DONIZETTI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de março de 2009. - *Elpídio Donizetti* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - José Augusto Lourenço dos Santos, qualificado nos autos, interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Coronel Fabriciano (reproduzida à f. 31-TJ), o qual, nos autos da ação de reparação por danos morais ajuizada em face de Jornal das Cidades Editora e Gráfica e outros, decotou da memória de cálculos a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC.

Em síntese, o agravante sustenta que não é necessária a intimação do devedor para efetivar o pagamento decorrente da condenação para que se configure o termo inicial da multa prevista no art. 475-J do CPC.

Arremata requerendo a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do agravo para reformar a decisão agravada.

Às f. 46-47-TJ, foi deferida a formação do agravo e o pedido de efeito suspensivo pelo Des. Nicolau Masseli.

Os agravados não apresentaram contrarrazões.

O Juiz *a quo* prestou informações às f. 53-54-TJ, mantendo a decisão vergastada.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, admito o recurso.

Dispõe o art. 475-J do CPC:

> Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

Nota-se, do dispositivo supracitado, que não há previsão expressa acerca da necessidade de intimação da parte executada para pagar o débito exequendo.

Entendo, pois, que, em observância à efetividade das decisões judiciais, visada pela reforma instituída pela Lei nº 11.232/2005, o marco inicial para a contagem do prazo de 15 (quinze) dias para o pagamento da obrigação, sob pena de cominação da multa prevista no referido dispositivo, é a intimação do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Nesse sentido, é a doutrina:

> Há um prazo legal para cumprimento voluntário pelo devedor, que corre independentemente de citação ou intimação. A sentença condenatória líquida, ou a decisão de liquidação da condenação genérica, abrem, por si só, o prazo de 15 dias para o pagamento do valor da prestação devida.
> É do trânsito em julgado que se conta dito prazo, pois é daí que a sentença se torna exequível (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 145).

Assim, ciente do trânsito em julgado da sentença condenatória, tem o devedor o prazo de 15 (quinze) dias para cumprir, espontaneamente, a obrigação, sendo desnecessária a intimação para esse fim específico.

Corroborando o entendimento, decisões deste Tribunal:

> Agravo de instrumento. Sentença. Condenação. Pagamento. Quantia certa. Multa. Art. 475-J do CPC. Termo inicial, após o trânsito em julgado. Intimação pessoal do advogado ou da parte vencida. Desnecessidade. - A Lei 11.232/05, visando dar efetividade e celeridade ao processo, instituiu a multa para descumprimento de sentença, no art. 475-J do CPC. O termo inicial do prazo de 15 dias inicia-se após o trânsito em julgado da sentença, independentemente de intimação da parte vencida (TJMG - AI 1.0024.07.390897-2/001 - Rel. Des. Luciano Pinto - 17º C. Cív. - j. em 25.10.2007 - *DJ* de 15.11.2007).

> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Início do procedimento. Trânsito em julgado da sentença. Intimação pessoal do devedor ou do seu patrono. Desnecessidade. - Tendo em vista as finalidades das reformas introduzidas no Código de Processo Civil, em especial nos procedimentos executórios, buscando garantir maior celeridade e eficácia à satisfação dos direitos das partes, o prazo para o cumprimento voluntário da sentença condenatória líquida ou liquidável por simples cálculo aritmético começará a fluir a partir do seu trânsito em julgado, independentemente da inti-

mação do devedor ou dos seus patronos para pagamento (TJMG - AI 1.0024.03.885344-6/003(1) - Rel. Des. Irmar Ferreira Campos - 17ª Câmara Cível - *DJ* de 17.07.2008).

Ainda nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Lei 11.232/2005. Art. 475-J, CPC. Cumprimento da sentença. Multa. Termo inicial. Intimação da parte vencida. Desnecessidade.
1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa se consuma mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor.
2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la.
3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10% (STJ - REsp 954859/RS - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - 3ª T. - j. em 16.08.2007 - *DJ* de 27.08.2007, p. 252).

Com tais razões de decidir, dou provimento ao recurso para que se considere como termo inicial da incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Custas recursais ao final, pela parte sucumbente.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FÁBIO MAIA VIANI e SENRA DELGADO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Mandado de segurança - Pregão presencial - Punição sofrida perante entidade federal - Receio de inabilitação em outro ente federado - Não vinculação - Art. 7º da Lei nº 10.520/2002 - Exegese - Pena restrita ao ente responsável por sua aplicação - Direito líquido e certo - Ofensa

Ementa: Administrativo. Mandado de segurança. Pregão presencial. Receio de inabilitação em virtude da punição sofrida perante entidade federal. Art. 7º da Lei nº 10.520/2002. Exegese. Vinculação da pena restrita ao ente responsável por sua aplicação. Direito líquido e certo. Ofensa.

- Não há confundir as sanções administrativas do art. 87 da Lei nº 8.666/93, previstas para as modalidades de licitação em geral, com a penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar, estabelecida no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 - legislação específica aplicável ao pregão -, cuja correta exegese é a de que os efeitos da punição imposta por determinada entidade não vinculam órgão pertencente a outro ente federado.

- Em consequência, afigura-se ilegal a ameaça do Município de obstar a participação da impetrante de pregão eletrônico com fundamento na existência, contra ela, da penalidade de suspensão do direito de licitar aplicada por entidade autárquica federal.

Sentença confirmada, em reexame necessário.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0713.07.074173-9/002 - Comarca de Viçosa - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Viçosa - Autora: Distribuidora de Medicamentos Brasil Miracema Ltda. - Réu: Município de Viçosa - Autoridades coatoras: Prefeito do Município de Viçosa, Pregoeira Oficial do Município de Viçosa - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 5 de março de 2009. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Cuida-se de mandado de segurança preventivo impetrado por Distribuidora de Medicamentos Brasil Miracema Ltda. contra atos atribuídos ao Sr. Prefeito Municipal de Viçosa e à Sr.ª Pregoeira Oficial do Município de Viçosa, a fim de que as autoridades impetradas se abstivessem de inabilitar a impetrante do Pregão Presencial nº 078/2007, em decorrência da punição sofrida no âmbito do Instituto Nacional do Câncer (INCA).

Adoto o relatório da sentença (f. 114/122), por correto, e acrescento que o il. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Viçosa concedeu a segurança, sob o fundamento de que a sanção consistente na suspensão do direito de contratar com a Administração Pública se restringiria ao ente em cuja esfera ocorreu o cometimento do ilícito. A sentença foi submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório, não tendo havido interposição de recurso voluntário.

Parecer da il. Procuradoria de Justiça às f. 134/140, da lavra do il. Procurador Ricardo Emanuel de Souza Mazzoni, opinando pela reforma da decisão recorrida.

Conheço da remessa oficial, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Consoante relatado, a pretensão da demandante é a de evitar a sua inabilitação no pregão presencial pro-

movido pela Prefeitura Municipal de Viçosa, pelo fato de ter sido infligida pelo Instituto Nacional do Câncer (INCA) com a pena de suspensão de participar de licitações e de contratar pelo prazo de 2 (dois) anos, conforme o aviso de penalidade jungido à f. 34.

O il. Juiz da causa concedeu a segurança, por entender que a melhor exegese do art. 87 da Lei nº 8.666, de 21.06.93, seria a de que a suspensão temporária do direito de contratar com a Administração teria eficácia apenas perante o ente responsável pela aplicação da pena - no caso o INCA -, não podendo alcançar as demais esferas.

A meu aviso, os fatos acima narrados e as normas aplicáveis à espécie convencem da existência de violação ao alegado direito subjetivo da impetrante de participar da licitação realizada pelo Município de Viçosa. De fato, o receio da requerente de ser inabilitada no pregão se fundamenta no art. 7º da Lei nº 10.520, de 17.07.2002, cujo teor é o seguinte:

> Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Em primeiro lugar, não há confundir a sanção administrativa prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 com aquela estabelecida no citado art. 7º da Lei nº 10. 520/2002. De fato, conquanto ambas acarretem a suspensão temporária do direito de licitar e de contratar com a Administração, a primeira se aplica aos procedimentos licitatórios em geral, nas hipóteses do cometimento das infrações descritas no art. 88 da Lei de Licitações, ao passo que a última incide exclusivamente no procedimento do pregão, quando verificada alguma das condutas descritas no art. 7º da lei de regência.

No caso dos autos, a sanção aplicada à impetrante foi indubitavelmente a do mencionado art. 7º da Lei nº 10.520/2002, porquanto, além de haver constado do ato do Diretor-Geral do INCA a referência ao indigitado dispositivo (f. 34), trata-se de procedimento do pregão, ao qual se aplicam diretamente as disposições especiais da Lei nº 10.520/2002 e, subsidiariamente, as normas da Lei nº 8.666/93 (art. 9º da Lei nº 10.520/2002).

Assim, considerando-se que a requerente se sujeitou à suspensão de "participar em licitações e de contratar com a Administração do INCA, por 2 (dois) anos" (f. 34), entendo que essa penalidade não tem o condão de obstar-lhe a participação em procedimentos licitatórios promovidos no âmbito de outros entes da Federação. Com efeito, a correta exegese do art. 7º da Lei nº 10.520/2002 é no sentido de que os efeitos da penalidade têm o alcance restrito ao ente federado responsável pela sua aplicação, pois o uso da preposição "ou" entre "Distrito Federal" e "Municípios" denota exclusão. Nessa mesma linha interpretativa, calha transcrever a doutrina de Marçal Justen Filho:

> Mas a sanção própria prevista no art. 7º consiste numa inidoneidade específica, diversa daquela prevista na Lei nº 8.666, ainda que padecendo de alguns dos problemas levantados a propósito daquele diploma.
> Determina-se que a prática das infrações antes referidas acarretará impedimento de licitar e contratar 'com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios'.
> A utilização da preposição 'ou' indica disjunção, alternatividade. Isso significa que a punição terá efeitos na órbita interna do ente federativo que aplicar a sanção. Logo e considerando o enfoque mais tradicional adotado a propósito da sistemática da Lei nº 8.666, ter-se-ia de reconhecer que a sanção prevista no art. 7º da Lei do Pregão consiste em suspensão do direito de licitar e contratar. Não é uma declaração de idoneidade. Portanto, um sujeito punido no âmbito de um Município não teria afetada sua idoneidade para participar de licitação promovida na órbita de outro ente federal (In Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 193).

Diante disso, é de se manter a concessão da ordem para que os impetrados se abstenham de promover a inabilitação da impetrante no Pregão Presencial nº 078/2007 fundados na sanção imposta no âmbito do INCA.

Pelo exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Sem a limitação de uma reflexão mais profunda sobre o tema, por ora acompanho o Relator, para também confirmar a sentença.

DES. BITENCOURT MARCONDES - De acordo.

Súmula - NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

...

Indenização - Seguradora - Corretor - Prêmio - Pagamento parcial - Repasse - Ausência - Responsabilidade objetiva e solidária - Dano material - Dever de indenizar - Dano moral - Não configuração

Ementa: Ação de indenização. Corretor de seguros. Recebimento de valores para pagamento de prêmio. Ausência de repasse à seguradora. Cancelamento da apólice. Ato ilícito. Seguradora. Responsabilidade objetiva e solidária. Danos morais não configurados.

- Nos termos do art. 34 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade da seguradora é objetiva e solidária em relação aos atos de seus prepostos ou representantes autônomos, que, em seu nome, agenciam ou negociam contratos de seguro.

- Meros aborrecimentos não podem ser alçados ao patamar do dano moral, mas somente aquelas agressões que agravam a naturalidade dos fatos da vida, causando aflições e angústias profundas e contundentes no espírito da vítima.

- V.v.p.: - Não responde a seguradora por eventual ilícito cometido pela corretora de seguros, por inexistir vínculo entre elas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.07.076699-1/001 - Comarca de Viçosa - Apelante: Bradesco Auto RE Cia. de Seguros - Apelada: Margarida Maria de Magalhães Rivelli - 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, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2009. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Conheço do recurso de apelação, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Cuidam os autos de ação de indenização ajuizada por Margarida Maria de Magalhães Rivelli em desfavor de Bradesco Auto RE Cia. de Seguros. Em síntese, afirma: que, no final do ano de 2005, procurou o requerido para firmar contrato de seguro de seu caminhão Volkswagen 7.110S, ano 1994, tendo, na sede da empresa, sido atendida pela funcionária de prenome Helena; que a proposta foi elaborada com estipulação de prêmio no valor total de R$ 2.302,35, sendo que repassou à funcionária quatro cheques no valor de R$ 575,58 cada; que se comprometera a quitar as parcelas nas datas de vencimento; que acreditou que seu veículo estava segurado, visto que recebeu a apólice onde constava o pagamento da primeira parcela, bem como seguiram os descontos dos cheques alusivos aos pagamentos subsequentes; que foi surpreendida, quando da renovação, com o cancelamento da proposta por ausência de quitação das três últimas parcelas; que os cheques foram compensados, mas o banco se recusa a renovar a apólice e atribuir-lhe o desconto referente ao bônus; que sofreu danos materiais no valor de R$ 2.276,74, bem como danos de ordem moral; requereu a procedência da ação para condenar o requerido a pagar os referidos danos.

O banco contestou às f. 36/59, suscitando preliminares de nulidade da citação e prescrição; no mérito, esclareceu que recebeu somente a primeira parcela; que a corretora de seguros procurada pela autora é profissional autônoma e absolutamente independente em relação à seguradora, respondendo sozinha pelos atos praticados; que não pode devolver valores, visto que não os recebeu; que a suposta perda do bônus não restou provada; rebateu os danos morais, requerendo a improcedência da ação.

O douto Juízo da Comarca de Viçosa às f. 119/128 julgou procedente o pedido para condenar o requerido ao pagamento, a título de danos materiais, no valor de R$ 1.726,74 e a indenização por danos morais no importe de R$ 7.000,00, ambos corrigidos pelos índices da CGJ/MG, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, os materiais desde a citação e os morais a contar da data da sentença. Condenou as partes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em 15% sobre o valor da causa, na proporção de 80% ao requerido e 20% à autora, compensados nos termos do art. 21 do CPC.

Insiste o apelante, em suas razões recursais (f. 130/140), que a sentença merece ser reformada, inicialmente discorrendo sobre a revelia e a presunção relativa; que não cometeu qualquer ilícito, sendo que o corretor é o intermediário entre a seguradora e o segurado; que o corretor é o responsável pelos supostos danos suportados pela autora; que os cheques não foram compensados em seu favor, não havendo que se falar em devolução; que os danos morais não são devidos, visto que agiu no exercício regular de um direito; requereu provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, alternativamente reduzindo o *quantum* indenizatório.

A apelada contra-arrazoou às f. 145/152, pugnando pela manutenção do julgado.

Sem preliminares, passo ao mérito.

Antes de tudo, de fato a revelia não implica a necessária procedência do pedido feito pela autora, porque a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial é relativa, passível de ser afastada pelo exame da situação fática e das provas constantes nos autos. E, sendo assim, vejamos.

A responsabilidade civil encontra suas diretrizes no art. 186 do Código Civil, que preconiza que todo "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Da análise de tal norma, depreende-se que o ato voluntário é o primeiro pressuposto da responsabilidade

civil. O ato de vontade no campo da responsabilidade, porém, deve revestir-se de ilicitude, que diz respeito à infringência de norma legal ou à violação de um dever de conduta que tenha como resultado prejuízo de outrem.

Portanto, o essencial para ver a responsabilidade civil, além da imputabilidade, é que o comportamento positivo ou negativo do agente que ofenda bem ou direito de outrem seja fruto da sua consciência, por culpa, contrariando um dever geral do ordenamento jurídico ou uma obrigação em concreto, sendo certo que a palavra culpa é empregada aí não no seu sentido restrito, mas no seu significado mais amplo, abrangendo até o dolo.

E, a respeito do dano, a doutrina é unânime em afirmar que não há responsabilidade sem prejuízo. Ou seja, a ilegitimidade ou irregularidade da ação, sem dano algum a terceiros, não é suficiente para gerar responsabilidade, mas tão somente, quando for o caso, a invalidade do ato.

Constitui o dano material aquele que atinge a esfera patrimonial da vítima, ao passo que o dano moral decorre da dor imputada à pessoa, em razão de atos que, indevidamente, ofendem seus direitos da personalidade ou sentimentos de honra e dignidade, provocando mágoas e atribulações em seu íntimo, trazendo-lhe constrangimentos, vexames, dores e sensações negativas.

Todavia, para a responsabilização, não basta que o agente haja procedido conscientemente contra *jus*, nem que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar. É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o mal causado. É preciso ter certeza de que sem a contravenção o dano não ocorreria. O nexo causal, assim, se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela ação ou omissão culposa do sujeito.

In casu, restou cabalmente comprovado nos autos que a corretora de nome "Helena", relativamente à Apólice 473327 - f. 15/16, recebeu da autora a quantia de R$ 2.302,35 em quatro parcelas - uma entrada de R$ 575,58 e mais três parcelas de R$ 575,59, referentes ao valor do seguro (f. 14), deixando, contudo, de efetuar o pagamento de três parcelas - f. 20/27, fato que gerou o cancelamento da apólice.

No que toca à Apólice 473327, alega a autora haver entregado quatro cheques à corretora para que esta efetuasse o pagamento das parcelas do seguro. Ocorre que, conforme se depreende dos autos, apenas a primeira parcela foi paga, apesar de todos os cheques terem sido compensados.

A propósito dos cheques de f. 20/27, nega o recorrente havê-los recebido, contudo não é isso o que se afere dos autos, pois verifica-se terem sido preenchidos no exato valor das prestações do seguro.

Dessarte, a meu ver, dúvidas não restam quanto à intenção da autora ao emitir os cheques, assim como ao fato de terem sido entregues à corretora "Helena", a qual, porém, deixou de efetuar o repasse à seguradora, em clara violação ao princípio da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações negociais.

Nesse passo, deve ser utilizada no presente caso a teoria da aparência, prevista no art. 34 do Código de Defesa do Consumidor, que assim preconiza: "O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos".

Trata-se de responsabilidade objetiva por ato de outrem. Assim, a culpa do autor do dano acarretará a responsabilidade objetiva da pessoa sob cuja direção/orientação se encontrar, pouco importando se infringiu ou não o dever de vigilância.

Acerca do tema, a elucidativa lição de Cláudia Lima Marques:

> O parágrafo único do art. 7º traz a regra geral sobre a solidariedade da cadeia de fornecedores de produtos e serviços. O art. 34 repete a idéia do sistema geral do direito civil, de que o empregador é responsável pelos atos de seus prepostos (art. 932, III, CC/02), mas inova ao visualizar uma cadeia de fornecimento solidariamente responsável (todos e cada um por todos) entre o preposto (com vínculo trabalhista) ou representante autônomo (sem vínculo trabalhista) e o fornecedor principal de produto e serviço, ou organizador da cadeia de fornecimento de produtos e serviços. O CDC impõe a solidariedade mesmo àqueles que teoricamente são independentes, tendo em vista o fim comum, que é fornecer o produto e o serviço (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., São Paulo: RT, p. 510).

Assim, o segurado que efetuou regularmente o pagamento dos prêmios não pode se ver prejudicado por ato de terceiro, que deixou de repassar as quantias, por ter cumprido sua parte no contrato.

Coadunando-se com esse posicionamento, a jurisprudência do extinto egrégio Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

> Indenização. Corretor de seguro. Apropriação indevida do valor pago pela segurada. Sociedades corretoras de seguro. Preponentes do autor do ilícito. Responsabilidade reconhecida. Seguradora. Responsabilidade solidária. Inteligência do art. 34 do Código de Defesa do Consumidor.
> - Responde pelos prejuízos causados por preposto seu a sociedade corretora de seguro em benefício da qual eram angariadas as propostas de seguro, conforme se extrai do art. 1.521, inciso III, do Código Civil de 1916.
> - O contrato de seguro está sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, erigindo a responsabilidade solidária da seguradora pelo dano provocado ao segurado, em razão da atuação ilícita do corretor, *ex vi* do art. 34 daquele mesmo diploma legal (Apelação Cível 2.0000.00.364029-5/000 - Rel. Juiz Osmando Almeida - j. em 25.02.03).

> Ação ordinária. Indenização securitária. Legitimidade passiva da seguradora e da corretora (sócio). Proposta assinada com conseqüente pagamento do prêmio. Culpa objetiva.

> Inteligência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. - O contrato de seguro está protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, erigindo a responsabilidade solidária da seguradora pelo dano provocado ao segurado em razão da atuação ilícita do corretor, nos termos do artigo do referido texto legal (Apelação Cível 2.0000.00.443724-7/000 - Rel. Juiz Antônio Sérvulo - j. em 22.09.04).

> Seguro. Ausência de repasse pela corretora. Responsabilidade solidária da seguradora. CDC. Art. 34. Culpa *in eligendo*. - A seguradora é responsável solidária pelo pagamento da indenização devida à beneficiária da apólice de seguro, ainda que a corretora não lhe tenha repassado os prêmios quitados pelo contratante, nos termos do art. 34 do Código de Defesa do Consumidor, por tratar-se de culpa *in eligendo* (Apelação Cível 2.0000.00.495617-0/000 - Rel. Des. Alberto Vilas Boas - j. em 25.10.05).

Dito isso, no que se refere ao valor da indenização por danos materiais, como bem decidiu o Magistrado, deve corresponder ao exato valor do prejuízo sofrido, ou seja, R$ 1.726,74.

Danos morais.

Sobre o dano moral, S. J. de Assis Neto (*Dano moral* - Aspectos jurídicos, Editora Bestbook, segunda tiragem, 1998) leciona: "Dano moral é a lesão ao patrimônio jurídico materialmente não apreciável de uma pessoa. É a violação do sentimento que rege os princípios morais tutelados pelo direito".

Assim, para que se possa falar em dano moral, é preciso que a pessoa seja atingida em sua honra, sua reputação, sua personalidade, seu sentimento de dignidade, passe por dor, humilhação, constrangimentos, tenha os seus sentimentos violados.

Os simples aborrecimentos e chateações do dia a dia não podem ensejar indenização por danos morais, visto que fazem parte da vida cotidiana e não trazem maiores consequências ao indivíduo. Caso se considerasse que qualquer aborrecimento ou desentendimento enseja dano moral, assistiríamos a uma banalização desse instituto, e a vida em sociedade se tornaria inviável.

Portanto, somente o sofrimento, humilhação e constrangimentos verdadeiros devem ensejar indenização por danos morais, e não o aborrecimento e a insatisfação cotidianos e perfeitamente suportáveis.

No caso, restou evidente que a apelada teve aborrecimentos relativos à má execução do contrato.

Aborrecimentos decorrentes de avenças firmadas são, em geral, comuns e suportáveis, fazendo parte da vida cotidiana. Como dito supra, não podem simples desentendimentos e aborrecimentos ensejar o deferimento de indenização por danos morais. Tenho que, no caso, não passou a recorrida por sofrimento moral, não havendo nos autos provas conclusivas no sentido de que os fatos noticiados lhe causaram constrangimentos, humilhação e sofrimento. A meu ver, os fatos narrados não tiveram maiores consequências e não passaram de chateações, não sendo aptos a causar constrangimentos e dor à apelada. Ou, pelo menos, não há nos autos provas no sentido de que os fatos narrados tenham atingido a honra da recorrida, e, sem provas, não pode ser acolhido o pleito inaugural.

Aliás, esse é o entendimento do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

> Ação revisional de claúsulas contratuais. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Contrato de adesão. Aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor. Limitação das cláusulas abusivas. Possibilidade. Dano moral inexistente. - 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 (TAMG - Apelação Cível 0327416-8 - Quarta Câmara Cível - Rel. Juiz Alvimar de Ávila - j. em 25.04.2001).

Também esse é o entendimento deste Tribunal:

> Ação de indenização por danos materiais e morais. Lista telefônica. Não divulgação dos nomes e telefones dos autores. Obrigação contratual descumprida. Ausência de prova dos prejuízos alegados. Meros aborrecimentos. Dever reparatório inexistente. - O descumprimento da obrigação contratual consubstanciada na divulgação dos nomes e telefones dos autores em lista telefônica, por si só, não gera obrigação de indenizar, sendo imperiosa a prova do dano - seja material ou moral. Não se desincumbindo os autores de comprovar a ocorrência dos prejuízos alegados, a improcedência do pleito é medida que se impõe. Meros dissabores, irritações, aborrecimentos não são suficientes para conferir à pretensão da vítima o direito à composição de danos morais, conforme iterativa jurisprudência (TJMG - Apelação Cível 1.0433.05.167537-2/001 - Rel. Des. Renato Martins Jacob - j. em 1º.03.2007 - p. no *DJ* em 23.03.2007).

Ressalte-se que nem sequer houve algum sinistro. O dano alegado pela apelada foi realmente hipotético.

Assim, não havendo dano moral a ser indenizado, é de se modificar a sentença para excluir da condenação a indenização por danos morais.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso tão somente para excluir a condenação imposta a título de danos morais, mantendo-se a sentença proferida em primeira instância quanto ao restante.

Redistribuo os ônus da sucumbência, devendo a apelada, autora da ação, arcar com o pagamento de 40% (quarenta por cento) das custas e despesas do processo e honorários advocatícios no importe de 15% do valor da causa. O apelante, réu da presente ação, deverá arcar com os 60% (sessenta por cento) restantes e com o pagamento de honorários de 15% do valor da causa, e, à inteligência do art. 21 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios deverão ser distribuídos e compensados proporcionalmente, não ficando a cargo de uma única parte.

Custas do recurso, no importe de 40% para a apelada e 60% para o apelante.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Inicialmente, ressalto que "os efeitos da revelia (art. 319, CPC) não incidem sobre o direito da parte, mas tão somente quanto à matéria de fato" (*RSTJ* 5/363).

Conforme restou demonstrado nos autos, a corretora chamada Helena recebeu da autora a quantia de R$ 2.302,35 (dois mil trezentos e dois reais e trinta e cinco centavos), em quatro parcelas, para que firmasse com a seguradora ré contrato de seguro.

Percebe-se, ainda, que somente a primeira parcela foi repassada pela corretora à seguradora, o que causou o cancelamento da apólice gerada.

Sabe-se, contudo, que o corretor é o representante do segurado, que presta informações e assessora o segurado na contratação do seguro, inexistindo qualquer vínculo entre ele e a seguradora.

Sobre o tema, leciona Ricardo Bechara Santos (em seu *Direito de seguro no cotidiano, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense)*:

> [...] a Circular Susep nº 42/85, que modificou o item 13.2 da Circular nº 02/67 da mesma autarquia, dá também o tom de que o corretor de seguros é mais que um simples intermediário entre segurado e segurador, exercendo, portanto, serviços de assessoramento, representando, assim, os interesses do segurado perante o segurador, porém de forma independente, autônoma, como se extrai de sua própria definição jurídica estabelecida nas normas legais pertinentes, não sendo equívoco afirmar que o segurado é mesmo o seu comitente, figura que em qualquer vocabulário jurídico é aquele que encarrega a alguém de representar os seus interesses perante outrem, mediante a paga de uma comissão, sabido que a comissão de corretagem integra a tarifa do prêmio pago pelo segurado, justo para cuidar de seus interesses, desde a proposição do seguro até a liquidação dos sinistros, repita-se.
>
> [...] A corretagem de seguro tem, pois, um conteúdo próprio, específico, um misto de intermediação e representação, tanto sob o aspecto técnico quanto sob o ponto de vista comercial e jurídico, filiando-se também ao elemento confiança, por isso que o pagamento da comissão remunera não só a intermediação e promoção, tanto que responde profissional e civilmente pelos danos que causar ao seu comitente.
>
> [...] Conquanto seja o corretor uma espécie de mandatário do segurado, fica, por outro lado, bastante clara a assertiva de que não pode ser ele preposto ou mandatário do segurador, fato que, por si só, cercearia sua função maior de representante dos interesses do segurado.

Ademais, no caso em exame, não restou demonstrada qualquer relação entre a corretora e a seguradora, ônus probatório que tocava à autora, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Consequentemente, não deve a seguradora responder por eventual ilicitude cometida exclusivamente pela corretora de seguros, razão pela qual deve ser julgado improcedente o pedido inicial.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial.

Condeno a autora a pagar as custas processuais, inclusive as recursais, e os honorários dos advogados da apelante, que fixo em R$ 1.000,00 (mil reais).

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Acompanho o eminente Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR.

...

Ação cominatória - Indenização - Dano moral - Invenção - Obra intelectual - Lei 9.610/98 - Contrafação - Prova - Existência - Valor - Critério de fixação

Ementa: Ação cominatória c/c indenização por danos morais. Contrafação. Prática ilícita que deve ser ceifada. Semelhança no *design* dos produtos, de forma a confundir o consumidor. Valor indenizatório mantido.

- Tendo em vista a comprovação de que a ré produz produtos contrafeitos, correta é a determinação judicial no sentido de obstar a prática ilícita por parte da infratora.

- A semelhança no *design* dos produtos, de modo a confundir o consumidor, constitui ato de concorrência desleal, sendo suficiente para gerar prejuízos ao criador da idéia.

- O valor indenizatório deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo, nos causadores do mal, impacto suficiente para dissuadi-los de igual procedimento, forçando-os a adotar uma cautela maior, diante de situações como a descrita nestes autos.

- É importante que fique consagrada a adequação entre a ofensa e a indenização, sob pena de restar cristalizado inaceitável enriquecimento de uma das partes e irregular desfalque da outra, pelo que mantido fica o arbitramento indenizatório em R$10.000,00, tendo em vista os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.03.090932-0/001 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: 1º) Alumínio do Triângulo Ltda.; 2ºs) Sarquis José Samara e outro - Apelados: Sarquis José Samara e outro, Alumínio do Triângulo Ltda. e outro - Relator: DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 15 de janeiro de 2009. - *Francisco Kupidlowski* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Pressupostos presentes. Conheço de ambos os recursos.

Quanto a uma sentença que, na Comarca de Uberlândia - 4ª Vara Cível -, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar a 1ª ré a se abster de contrafazer as obras registradas ou depositadas pelos autores perante o INPI, sob pena de multa diária, e ao pagamento de danos patrimoniais, a ser apurado em liquidação de sentença, e danos morais no valor de R$10.000,00, surgem dois apelos.

O 1º foi interposto por Alumínio do Triângulo Ltda., arguindo que inexiste a contrafação alegada, uma vez que o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras não é objeto de proteção como direitos autorais (art. 8º, inciso VII, da Lei 9.610/98).

Aduz que a perícia é imprestável, pois analisou o catálogo de fotos ilustrativas dos autores, e não as peças que são produzidas. Ressalta que comercializa peças em alumínio desde 1999 e os autores apenas obtiveram patente de algumas peças em 2000, inexistindo nos autos prova da data de fabricação dos bens dos autores.

Pugna pela modificação dos ônus da sucumbência e, alternativamente, pela redução do valor condenatório.

O 2º recurso foi interposto por Sarquis José Samara e outro, visando à limitação de responsabilidade pela contrafação das vinte e cinco peças elencadas na inicial, a responsabilidade da 2ª ré, uma vez que ela participou da contrafação, e majoração da indenização por danos morais, pelo que esperam o provimento.

1ª apelação.

A invenção caracteriza-se como um dos quatro bens industriais tutelados pelo direito industrial.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho,

> todos, de fato, sabem intuitivamente o que é uma invenção e não há dúvidas quanto aos elementos essenciais que a caracterizam (criação original do espírito humano, aplicação do domínio que o homem exerce sobre a natureza, etc.), mas não é fácil estabelecer os seus exatos contornos conceituais. Em razão da dificuldade em definir invenção, o legislador prefere se valer de um critério de exclusão apresentando uma lista de manifestações do intelecto humano que não se consideram abrangidas no conceito (LPI, art. 10) (In *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, p. 137).

Nesse contexto, não há que se questionar quanto à subsunção da criação efetivada pelos autores, visto que deflagra em peças domésticas e decorativas, com obtenção de registro junto ao INPI.

A titularidade da criação, legitimamente conquistada segundo os critérios estabelecidos em lei, lhe defere o direito de zelar para que terceiros não se utilizem indevidamente de sua arte.

Os mecanismos jurídicos de proteção ao investimento, aplicação na criação das peças decorativas e de utilidade doméstica, permitem que o seu titular se aproprie de todo o valor de sua elaboração.

A propriedade industrial jamais pode ser equiparada a um monopólio, amplamente combatido em nosso sistema jurídico, mas a exploração dos produtos deve ocorrer sem prejuízos a terceiros.

Nos termos do art. 8º da Lei de Propriedade Industrial, são necessários quatro requisitos essenciais para a concessão do pedido de patente, quais sejam a novidade, a atividade inventiva, a aplicação industrial e o não impedimento.

Não obstante não ser novidade um produto para torradas e patês, a aquarela desenhada e desenvolvida pelos autores possui o elemento novidade, em razão da criação do artista plástico ao desenvolver a idéia.

Claro que o desenho de uma aquarela não é novo, mas a sua utilização a fim de se desenvolver uma peça decorativa e de utilidade doméstica é sim algo que deve ser tutelado pela propriedade industrial, tanto é que recebeu a patente do INPI.

Conforme dito pela sentença, apesar de os autores se utilizarem de objetos conhecidos, a integração deles traz o requisito da originalidade.

Indiscutivelmente, é nítida a semelhança dos produtos comercializados pelos autores e pela ré, ora 1ª apelante, tendo o laudo pericial constatado que o tamanho da peças, seu peso, e os materiais utilizados são os mesmos, bem como a finalidade dos produtos.

Data venia, inconteste é a violação do direito de propriedade industrial, haja vista a comprovação de que a 1ª recorrente imitou a padronagem, o *design* e a utilização dos produtos desenvolvidos pelos autores e comercializou-os, estando assim configurada a concorrência desleal, pois é capaz de acarretar desvio de clientela pela semelhança impressionante dos produtos.

A competição entre empresas é socialmente saudável, devendo ser estimulada. Entretanto, ela deve ser realizada de forma adequada, dotada de boa-fé e lealdade, ou seja, sem que se configure abuso.

Devem ser priorizados nas relações concorrenciais a probidade, a boa-fé, a justa causa e os demais critérios éticos, sob pena de configuração de ato de concorrência desleal, o qual é certamente um ilícito civil apto a ensejar a reparação de danos.

Segundo Luiz Guilherme de A. V. Loureiro:

> Cumpre ressaltar que um ato tipificado como delito de concorrência desleal também constitui um ilícito civil a ensejar reparação de danos e outras medidas legais. No entanto, mesmo não constituindo um ilícito penal, uma conduta pode ser considerada como ato de concorrência desleal, no âmbito civil, se for contrária ao princípio geral da liberdade de concorrência e do princípio da boa-fé relativos aos atos comerciais. [...]
> Já no que tange ao ilícito civil de concorrência desleal, o concorrente tanto pode agir com a consciência de que está praticando um ato contrário à concorrência correta, como pode agir de forma imprudente, sem a adoção dos cuidados esperados de um comerciante normal (in *A lei de propriedade industrial comentada*. 1999. p. 337).

Mais adiante, elucida o mencionado autor:

> Com efeito, na esfera do direito civil, configuraria a concorrência desleal qualquer ato contrário ao princípio da boa-fé que deve reinar nas relações negociais, ou seja, caracteriza o ilícito civil a concorrência exercida de forma desleal, contrária à prática comum dos bons comerciantes, sendo, neste caso, meramente exemplificativo o rol do art. 195.
> Tal conclusão é reforçada pelo advento do *caput* do art. 209, segundo o qual fica ressalvado ao prejudicado, o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio (f. 338).

A meu ver, nos casos de contrafação, não há que se exigir a comprovação dos prejuízos, visto estarem eles ínsitos na própria infração. A simples utilização de denominação, cor e *design* semelhantes aos de outrem, de modo a confundir o consumidor, levando-o a pensar que ambos provêm do mesmo fabricante, de marca conhecida, é suficiente para gerar prejuízos ao proprietário da idéia.

Finalmente, no que toca aos ônus da sucumbência, razão não assiste à 1ª apelante, porque ambas as partes foram condenadas ao pagamento das despesas do processo, de forma proporcional às suas vitórias e derrotas.

2ª apelação.

Razão não assiste aos 2os apelantes no que toca à responsabilidade da 2ª ré, uma vez que não há nos autos prova de que ela tenha participado da contrafação.

O fato de ela ter adquirido os produtos dos autores não significa que teve o *animus* de copiá-los.

Não há como limitar a responsabilidade da ré pela contrafação em relação às vinte peças elencadas na inicial, uma vez que apenas cinco delas possuem registro no INPI e apenas duas foram copiadas.

Quanto à dosagem da indenização por danos morais, predomina o critério do arbitramento judicial (art. 944, CC), tendo-se em conta que a reparação do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor.

Sendo morais os danos causados a outrem, o dever de reparar será estabelecido pelo julgador de acordo com as peculiaridades que se apresentarem no caso concreto, mas sempre tendo em vista a extensão da lesão sofrida pela vítima.

Também é importante que fique consagrada a adequação entre a ofensa e a indenização, sob pena de restar cristalizado inaceitável enriquecimento de uma das partes e irregular desfalque da outra.

A relação de equilíbrio entre dano e indenização pode ser mantida em qualquer modalidade de responsabilidade civil. O juiz deverá portar-se com equidade e ser extremamente criterioso, tendo como meta a prevalência do bom senso e do sentido ideal de justo. Cumpre destacar, igualmente, que entre as cautelas a serem adotadas pelo julgador deverá estar a de não transformar a indenização em algo meramente simbólico, pois, se isso ocorrer, estará ferida de morte a responsabilidade civil como instituto destinado a promover a reparação de injustas e danosas agressões.

Caio Mário da Silva Pereira leciona:

> O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescer que, na reparação do dano moral, insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (*Responsabilidade civil*. 6. ed., Forense, 1995, p. 60).

O numerário deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo, nos causadores do mal, impacto suficiente para dissuadi-los de igual procedimento, forçando-os a adotar uma cautela maior, diante de situações como a descrita nestes autos.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

> O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula 'danos emergentes-lucros cessantes', a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado (*Responsabilidade civil*. 8. ed., Ed. Saraiva, p. 569).

Nesse contexto, quanto ao valor da referida indenização, tem-se que, dada a gravidade dos fatos, o sofrimento vivido e a exteriorização do fato, entendo que o arbitramento sentencial deve ser mantido, em respeito ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Com o exposto, nego provimento a ambos os recursos.

Custas dos recursos, pelos respectivos recorrentes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CLÁUDIA MAIA e NICOLAU MASSELLI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES.

...

Ação ordinária - Servidor público municipal - Lei 2.886/96 - Regulamento - Poder Executivo - Omissão - Irrelevância - Requisitos legais - Preenchimento

Ementa: Ação ordinária. Progressão na carreira. Servidor público municipal. Lei 2.886/96. Regulamento. Omissão do Poder Executivo. Irrelevância. Preenchimento dos requisitos legais. Apelo provido.

- Tenho que a omissão pelo Poder Executivo em baixar o regulamento indispensável para a concessão da dita promoção não tem o condão de renegar aos servidores municipais o direito à promoção, uma vez que não pode a Administração Pública se esquivar de regulamentar uma lei expedida pelo Poder Legislativo, indefinidamente; dessa forma, tem o servidor direito à progressão automática na carreira, no nível imediato de sua série de classes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.08.156999-1/001 - Comarca de Betim - Apelante: Janice Evelyn Squair Bomfim - Apelado: Município de Betim - 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, EM CONHECER DO RECURSO, VENCIDO O REVISOR. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 24 de março de 2009. - *Alvim Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Sr. Presidente, pela ordem.

Instalo, de ofício, uma preliminar de intempestividade do presente recurso.

É que, consoante se extrai da certidão de f. 180, a sentença combatida foi publicada no órgão de imprensa oficial em 07.11.2008, sexta-feira.

O prazo quinzenal (art. 508, CPC), portanto, teve início na segunda-feira, dia 10.11.2008, primeiro dia útil seguinte (art. 184, § 2º, CPC), encerrando-se em 24.11.2008, outra segunda-feira.

Entretanto, somente no dia seguinte, terça-feira, dia 25.11.2008, como faz prova o carimbo de protocolo de f. 181, é que a apelação veio a ser apresentada, ou seja, a destempo.

Nem se diga que, na espécie, por se tratar de comarca do interior, há que se considerar publicada a sentença dois dias úteis após a data da efetiva publicação, tal como previa o art. 4º da Resolução nº 412/2003 do TJMG, pois, como cediço, a Portaria Conjunta nº 119/2008, deste TJMG, estabeleceu, em seu art. 4º, § 2º, que "os prazos processuais para as primeira e segunda instâncias iniciar-se-ão no primeiro dia útil seguinte àquele considerado como data da publicação".

Não há mais, portanto, desde a vigência da Portaria-Conjunta nº 119/2008, os dois dias úteis antes referidos.

Com essas considerações, de ofício, não conheço do recurso, por ser intempestivo.

Custas, *ex lege*.

DES. WANDER MAROTTA - Sr. Presidente, pela ordem.

Peço vênia para conhecer do recurso, porque, conforme verificação que fiz no *Diário Judiciário eletrônico*, não houve publicação no dia 07.11, e, portanto, o recurso, *data venia*, é tempestivo.

DES. ALVIM SOARES - Peço vênia ao eminente Revisor para conhecer do recurso pelas razões que acabam de ser abordadas pelo Des. Wander Marotta.

Conheço do recurso interposto, por preencher os requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Perante a Sexta Vara Cível da Comarca de Betim, sob o pálio da justiça gratuita, a ora apelante, Janice Evelyn Squair Bomfim, ajuizou a presente ação ordinária contra o Município de Betim, objetivando que fossem incorporadas aos seus vencimentos as vantagens estabelecidas pela Lei Municipal nº 2.886/96, no que diz respeito ao que estabelecem os arts. 20 e 21; pugnou, também, fosse o réu condenado a pagar-lhe os valores que deixaram de ser pagos, com todos os reflexos decorrentes do aumento salarial; juntou documentos.

Devidamente citado, o Município-réu apresentou sua defesa sob a modalidade de contestação às f. 17/44-TJ, arguindo, preliminarmente, a ocorrência da prescrição e, no mérito, pugnou pela improcedência do pedido; juntou várias decisões judiciais ao argumento de que lhes são favoráveis.

O feito teve normal prosseguimento, tendo o MM. Juiz de Direito *a quo* sentenciado no feito às f. 174/179-TJ, julgando improcedente o pedido contido na inicial.

Inconformada com o decidido na instância inaugural, a requerente interpôs recurso de apelação às f.

181/220-TJ, pugnando pela reforma da decisão singular, trazendo os mesmos argumentos de sua peça de ingresso; contrarrazões às f. 224/239-TJ, batendo-se pela manutenção do *decisum*.

Data venia, analisando os autos com a devida acuidade que o caso requer e mantendo-me coerente com diversos outros julgamentos oriundos desta mesma Câmara Julgadora, tenho que a sentença objurgada merece ser reformada.

A questão posta nos autos e sujeita à análise em grau recursal restringe-se em dirimir se a recorrente pode auferir os benefícios de progressão e vantagens na carreira, estabelecidos pela Lei Municipal 2.886/96, já revogada pela Lei Municipal 3.788/03.

Certo é que os arts. 20 e 21 estabelecem as vantagens e requisitos para que o servidor municipal adquira o direito à promoção na carreira, nos seguintes termos:

> Art. 20. Na hipótese prevista no art. 10, promoção é a passagem do servidor a padrão do nível subsequente da classe.
> Parágrafo único. Por efeito de promoção, o servidor será posicionado no padrão inicial ou no padrão subseqüente mais próximo, do novo nível da classe, que lhe assegure, no mínimo, 10% (dez por cento) de acréscimo, e no máximo, 14% (quatorze por cento) de acréscimo, no vencimento do cargo.
> Art. 21. Para adquirir direito a promoção, deverá o servidor:
> I - ter cumprido o interstício mínimo de 04 (quatro) anos de efetivo exercício, no nível em que estiver posicionado na classe;
> II - ter obtido conceito favorável, na avaliação do desempenho de seu cargo, relativo ao período do último interstício que houver cumprido (art. 16, § 1º) e ao período acaso já fluído, no padrão em que estiver posicionado seu cargo;
> III - ter-se classificado, na forma do edital, em processo seletivo, de provas ou de títulos e provas, que apure sua aptidão para o desempenho das atribuições da classe subsequente, ou, na hipótese do art. 10, das atribuições do nível subseqüente, na classe.

Após a análise atenta e desapaixonada de todo o processado, tenho que a autora cumpriu satisfatoriamente o primeiro requisito exigido pela lei; o segundo, apesar de não haver provas de seu cumprimento, a própria lei de regência estabelece seu suprimento, no caso de omissão do Poder Público, como ocorreu; sendo assim, falta à autora apenas a demonstração de ter cumprido com o que estabelece o terceiro requisito, ou seja,

> ter-se classificado, no forma do edital, em processo seletivo, de provas ou de títulos e provas, que apure sua aptidão para o desempenho das atribuições da classe subseqüente, ou, na hipótese do art. 10, das atribuições do nível subseqüente, na classe.

A Lei Municipal nº 2.886/96 exigia, em seu art. 4º, que fosse baixado regulamento pelo Chefe do Poder Executivo para a concessão aos servidores municipais da dita promoção na carreira.

Apesar de a lei assim determinar, tenho que a omissão do Poder Executivo em baixar o regulamento indispensável para a concessão da dita promoção não tem o condão de renegar aos servidores municipais o direito à promoção, uma vez que não pode a Administração Pública se esquivar de regulamentar uma lei expedida pelo Poder Legislativo, indefinidamente; dessa forma, tem o servidor direito à progressão automática na carreira, no nível imediato de sua série de classes.

Esse é o entendimento já sufragado por esta colenda Câmara Julgadora, como se pode observar na Apelação Cível nº 1.0027.04.042.996-4.001, cuja relatoria coube ao eminente Des. Wander Marotta, *verbis*:

> Não sendo observado prazo razoável para que o Chefe do Executivo edite decreto regulamentador de lei municipal, não se há de cogitar de carência de ação, pois estão presentes não apenas as condições para que o juiz possa fazer a entrega da prestação jurisdicional, como os pressupostos processuais necessários ao desenvolvimento do processo. Se o Chefe do Executivo puder, pela mera ausência de regulamento - que, diga-se de passagem, compete-lhe editar -, deixar de cumprir lei que outorgue direito a servidor, estar-se-ia sobrepondo ao próprio Poder Legislativo que a criou. No caso de Betim, cumprido o prazo previsto no art. 20, I, da Lei nº 2.886/96, sem que a Administração Pública tenha providenciado sua avaliação nos seis meses subseqüentes, conforme determina o art. 29 do mesmo diploma legal, tem o servidor público municipal direito à classificação automática no nível imediato de sua série de classes. O prazo inicial para a contagem de tempo de serviço inicia-se no ato de admissão do servidor, e não a partir do término do estágio probatório.

O prazo inicial para a contagem de tempo de serviço tem seu ponto de partida no ato de admissão do servidor, não a partir do término do estágio probatório.

Por fim, como a legislação municipal previa um reajuste de 10% a 14%, a cada quadriênio, fica, na hipótese dos autos, conferido à autora o reajuste de 10% , por ser o mínimo legal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso e reformo a sentença hostilizada, para julgar parcialmente procedente o pedido inicial e declarar o direito da autora à progressão automática no nível imediato de sua série de classe, com reajuste de 10%, condenando o réu a pagar-lhe as diferenças dos vencimentos relativos às parcelas vencidas e vincendas, desde a implementação do direito, ou seja, decorrido o prazo a que alude o art. 29 da Lei Municipal nº 2.886/96, valores acrescidos de correção monetária pelos índices da Corregedoria de Justiça, a partir da data em que se tornaram devidos, além de juros de 0,5% ao mês, respeitada a prescrição quinquenal; por fim, inverto os ônus de sucumbência.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - De acordo.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo.

Súmula - CONHECERAM DO RECURSO, VENCIDO O REVISOR. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

...

Agravo de instrumento - INSS - Perícia médica - Incapacidade laborativa - Honorários periciais - Critério de fixação - Resolução 558, do Conselho da Justiça Federal - Inaplicabilidade - Art. 10 da Lei 9.289/96 - Observância - *Astreinte* - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Direito processual civil. Perícia médica. Honorários periciais. Valor. INSS. Resolução 558, do Conselho da Justiça Federal. Inaplicabilidade. Art. 10 da Lei nº 9.289/96. Redução. *Astreinte*. Imposição. Previsão legal.

- A fixação de honorários periciais deve atender ao critério estabelecido no art. 10 da Lei nº 9.289/96. A fixação dos honorários do perito é ato privativo do juiz que considerará, para tanto, critérios tais como a complexidade, o tempo e a especificidade do trabalho a ser realizado.

- Não se aplica a tabela de honorários periciais prevista na Resolução nº 558, de 22.05.07, aos processos de competência da Justiça Comum.

- É possível a fixação de *astreinte* para estimular o cumprimento da obrigação de depositar o valor referente aos honorários periciais, ainda que em face de autarquia.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.08.169409-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: INSS - Agravada: Ivone França da Conceição Cruz - Relator: DES. MOTA E SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de março de 2009. - *Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, a fim de reverter a decisão de f. 44-TJ, proferida pelo Juízo *a quo*, que fixou os honorários periciais em R$ 830,00 (oitocentos e trinta reais), a serem depositados pelo réu em trinta dias, sob pena de imposição de multa diária de R$ 130,00 (cento e trinta reais).

A parte agravante argumenta que não se trata de exame sofisticado nem intervenção cirúrgica, mas de um simples exame clínico da autora, e faz comparação com o valor médio de uma consulta com médico de renome que gira em torno de R$ 250,00, sendo suficiente para remunerar condignamente o auxiliar do juízo e permitir um excelente trabalho técnico.

Acrescenta que a Resolução 558, de 22 de maio de 2007, expedida pelo Conselho da Justiça Federal, fixa o valor máximo para perícia, em casos semelhantes, em R$ 234,80, o que impede a autarquia ré de aceitar o valor fixado pelo juízo.

Também se opõe à imposição de multa ao argumento de que a multa visa compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, não tendo a parte sequer a oportunidade de cumprir a determinação legal no prazo estabelecido.

A agravante requer seja reduzido o valor arbitrado a título de perícia médica e excluída a imposição da *astreinte*.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido, conforme decisão de f. 52/53-TJ.

A parte agravada foi intimada e veio aos autos às f. 59/60-TJ; requerer seja negado provimento ao recurso e depositado o valor incontroverso de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

O Ministério Público deixou de apresentar parecer ao fundamento de falta de interesse, não havendo necessidade de fiscalização ministerial (f. 64-TJ).

É o breve relato. Passo a decidir.

A parte agravada ajuizou ação acidentária pretendendo receber do INSS benefícios por incapacidade laboral. A questão, objeto do recurso, limita-se ao pedido de redução dos honorários periciais fixados pelo Juiz, no importe de dois salários mínimos.

Consta da afirmação da parte agravante que a perícia médica não é complexa, resumindo-se em uma avaliação clínica singela, de curta duração, com o apoio de exames médicos para aferir as condições de saúde do autor e sua capacidade laborativa.

Num primeiro momento, não vejo como aplicar a Resolução nº 558, expedida pelo Conselho da Justiça Federal, aos processos que tramitam perante a Justiça Comum, até porque a Lei nº 9.289/96 estabelece os critérios para fixação de honorários periciais em seu art. 10, a seguir transcrito:

> Art. 10. A remuneração do perito, do intérprete e do tradutor será fixada pelo Juiz em despacho fundamentado, ouvidas as partes e à vista da proposta de honorários apresentada, considerados o local da prestação do serviço, a natureza, a complexidade e o tempo estimado do trabalho a realizar, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 33 do Código de Processo Civil.

É de se destacar que a fixação dos honorários do perito é ato privativo do juiz, que considerará, para tanto, critérios tais como a complexidade, o tempo e a especificidade do trabalho a ser realizado.

O valor fixado a título de honorários periciais, de dois salários mínimos, tenho que é razoável e proporcional ao trabalho que será desempenhado pelo *expert*.

O trabalho a ser desenvolvido pelo perito será de regular complexidade, consistindo, basicamente, no exame clínico da agravada, posicionando-se quanto à existência, ou não, de incapacidade para o labor, prestando ainda esclarecimentos que porventura se tornarem necessários, tratando-se de tarefa que poderá se estender no tempo.

Lado outro, ressalto que estou revendo meu anterior posicionamento que reduzia os honorários, diante das reiteradas decisões deste TJMG em mantê-los em dois salários-mínimos.

Assim tem decidido este Tribunal:

> Agravo de instrumento. Honorários periciais. Redução. Impossibilidade. Valor condizente com o trabalho a ser desenvolvido pelo *expert*. - Em relação à fixação dos honorários periciais, é assente o entendimento de que tal verba deverá alcançar patamar adequado e suficiente para remunerar o trabalho do *expert* judicial, atendendo-se, principalmente, à complexidade da tarefa a ser desenvolvida, ao tempo necessário para realizá-la e também ao preço usual dos serviços de cada classe profissional (1.0479.07.132627-2/001, Rel. Osmando Almeida, j. em 19.08.08, p. em 15.09.08).

> Processual civil. Agravo de instrumento. Ação acidentária. INSS. Honorários periciais. Redução. Descabimento. Recurso conhecido e não provido. - O INSS antecipará os honorários periciais nas ações de acidente de trabalho, disposição que vem sendo estendida pela jurisprudência a todos os órgãos públicos, nas causas em que for parte. - A fixação dos honorários periciais deve-se dar em patamar justo, considerando-se a qualificação do profissional, a complexidade da tarefa a ser desempenhada, o tempo necessário para sua realização, bem como as despesas para o desempenho de tal mister. - Se o valor fixado para realização da perícia afigurar-se condizente com o trabalho a ser desenvolvido pelo *expert*, não há se falar em excesso a ensejar redução. - Recurso conhecido e não provido (1.0479.07.138625-0/001, Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino, j. em 17.07.08, p. em 05.08.08).

> Agravo de instrumento. Ação acidentária. INSS. Prova pericial. Honorários. Valor. Razoabilidade. Manutenção. A fixação dos honorários periciais deverá alcançar patamar adequado e suficiente para remunerar o trabalho do *expert* judicial, atendendo-se, principalmente, à complexidade da tarefa a ser desenvolvida, ao tempo necessário para realizá-la (1.0024.07.791538-7/001, rel. Des. Alberto Henrique, j. em 28.08.08, p. em 15.09.08).

Quanto à imposição de *astreinte*, também não há como acolher a pretensão da autarquia em vê-la excluída, uma vez que esta se revela correta e própria, visando estimular a parte requerida/agravante ao cumprimento da obrigação de fazer.

A multa destina-se a forçar a realização da obrigação imposta ao devedor, estimulando-o ao cumprimento da determinação judicial, podendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, impor multa diária ou por tempo de atraso (*astreinte*) ao devedor da obrigação, fixando-lhe prazo razoável para cumprimento do preceito.

Segundo Alexandre Freitas Câmara:

> Denomina-se *astreintes* a multa periódica pelo atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, incidente em processo executivo (ou na fase executiva de um processo misto), fundado em título judicial ou extrajudicial, e que cumpre a função de pressionar psicologicamente o executado, para que cumpra sua obrigação (in *Lições de direito processual civil*, 7. ed., Ed. Lumen Juris, p. 261).

Assim, a função é de compelir a parte a realizar a conduta que lhe impôs a autoridade judiciária, a fim de que seus provimentos tenham a concreção indispensável e permitam seja alcançada a efetividade que o processo deve proporcionar aos sujeitos em litígio.

O art. 461 do CPC traz a seguinte redação:

> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
> [...]
> § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.
> § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

O STJ assim tem decidido:

> Processual civil. Tutela antecipada. Meios de coerção ao devedor (CPC, Arts. 273, § 3º, e 461, § 5º). fornecimento de medicamentos pelo Estado. Bloqueio de verbas públicas. Impossibilidade.
> 1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (*astreintes*) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos arts. 461 e 461-A do CPC. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ, como se pode verificar, por exemplo, nos seguintes precedentes: AgRg no Ag 646240/RS, 1ª T., Min. José Delgado, *DJ* de 13.06.05; REsp 592132/RS, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 16.05.05; AgRg no REsp 554776/SP, 6ª T., Min. Paulo Medina, *DJ* de 06.10.03; AgRg no REsp 718011/TO, 1ª Turma, Min. José Delgado, *DJ* de 30.05.05 (REsp784188/RSREsp 2005/0160317-2, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. em 25.10.05, p. em *DJ de* 14.11.05, p. 230).

Com tais razões de decidir, nego provimento ao recurso para manter a decisão agravada.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELPÍDIO DONIZETTI e FÁBIO MAIA VIANI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Dano moral - Comprovação - Dever de indenizar - Pessoa jurídica - Sujeito passivo - Possibilidade - Súmula 227 do STJ

Ementa: Ação de indenização por danos morais. Pessoa jurídica. Discussão em público. Danos comprovados. Pequena repercussão. Valor reduzido. Manutenção.

- Superada a ideia de dor e concebido o dano moral, objetivamente, como lesão extrapatrimonial, não há obstáculo a se atribuir à pessoa jurídica o correspondente direito de indenização, já que as entidades coletivas são dotadas dos atributos de reputação e conceito perante a sociedade.

- Aplicação da Súmula 227 do STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.278924-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Mário Batista Guerra - Apelado: Posto São Pedro Ltda. - Relator: DES. ALBERTO HENRIQUE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de março de 2009. - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de apelação interposta por Mário Batista Guerra contra a r. sentença de f. 1.091/1.096, que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada pelo Posto São Pedro Ltda. contra o apelante, julgou procedente o pedido de danos morais, condenando o requerido a pagar ao autor uma indenização no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), corrigido monetariamente, com juros de 1% a partir da publicação da sentença, condenando-o ainda ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Após a interposição dos embargos declaratórios de f. 1.097/1.103, rejeitados à f. 1.104, apela Mário Batista Guerra, buscando a reforma da r. sentença, ao argumento de ter sido ela proferida, violando os princípios da equidade e da isonomia, além de proporcionar enriquecimento sem causa do autor. Afirma que os autos não confirmam qualquer humilhação, prejuízo ou dor ao autor, pessoa jurídica, que "não tem sentimento, não tem alma e não possui coração" (f. 1.114). Afirma não ter ele (autor) sofrido qualquer prejuízo material que justificasse a condenação nos danos morais, não se podendo falar em nexo causal imprescindível à constatação da obrigação indenizatória.

Contrarrazões apresentadas, f. 1.132/1.139.

É o relato.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por pessoa jurídica - posto de abastecimento de combustível -, ao argumento de ter sofrido danos morais pelo fato de ter o réu imputado a ele ato ilícito (consistente em adulteração da bomba de combustível em seu estabelecimento), o que levou o requerido a promover ampla discussão, resvalando para o escândalo, com os prepostos do autor, o que foi presenciado pela clientela que se encontrava no local, prejudicando-o.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido ao fundamento de que:

> [...] restou comprovado que o requerido agiu ilicitamente, pois diante de sua suspeita começou a acusar o autor de praticar condutas lesivas [...]. Tais fatos foram presenciados por outros clientes [...] (f. 1.095).

Em consequência, a douta Magistrada fixou o valor da indenização por danos morais em quantia que entendeu "reduzida", ao fundamento de que os danos causados à imagem do autor foram pequenos, pois alcançou "apenas os clientes que estavam presentes, e estes não foram devidamente quantificados".

Daí a insurgência do requerido, afirmando que os autos não confirmam qualquer humilhação, prejuízo ou dor ao autor, pessoa jurídica, que "não tem sentimento, não tem alma e não possui coração" (f. 1.114).

Inicialmente, devo ressaltar a possibilidade de a pessoa jurídica ser passível de sofrer danos de natureza moral, sendo essa questão inclusive objeto da Súmula 227 do STJ: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

Nesse sentido já se posicionou reiteradas vezes este Tribunal:

> Superada a ideia de dor e concebido o dano moral, objetivamente, como lesão extrapatrimonial, não há obstáculo a se atribuir à pessoa jurídica o correspondente direito de indenização, já que as entidades coletivas são dotadas dos atributos de reputação e conceito perante a sociedade. Aplicação da Súmula 227 do STJ (Apelação Cível nº 2.0000.00.428579-6/001, Relator Des. Maurício Barros).

Extrai-se ainda das provas produzidas a conduta exaltada do apelante, que, efetivamente, causou constrangimentos ao autor, sem qualquer fundamento, os

quais foram feitos em público, na oportunidade em que o requerido o difamou em alto e bom tom, de ofender pessoalmente seus empregados, para todos os clientes que se encontravam em seu estabelecimento ouvir.

Isso se extrai do depoimento de f. 1.070 e 1.071:

> [...] que o requerido ofendeu muito a frentista, dizendo que ela estava ali porque não tinha estudo, era uma vadia, [...] que havia muitos clientes no posto no momento dos fatos dos autos; que muitos clientes foram embora até porque não sabiam quem tinha razão [...].

Dessa forma, verificada a conduta ilícita praticada pelo apelante, que provocou escândalo no estabelecimento do autor, imputando-lhe conduta de natureza criminosa sem que isso realmente fosse constatado, não há dúvida quanto à necessidade de reparação, independentemente de constatação de danos materiais.

Não existe forma objetiva de aferir e quantificar o constrangimento e o abalo sofrido. Todavia, doutrina e jurisprudência estão conjugando esforços para estabelecimento de parâmetros. Assim, necessário se faz a ponderação em cada caso, por se tratar de questão subjetiva, na qual a reparação deve corresponder à lesão, e não ser equivalente a ela, sendo certo que, na fixação do valor da reparação por dano moral, deve-se levar em consideração as circunstâncias do fato, a condição do lesante e do lesado, a fim de que o *quantum* reparatório, sem perder seu caráter pedagógico, não constitua lucro fácil para o lesado nem se traduza em quantia irrisória.

O valor a ser arbitrado deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo, nos causadores do mal, impacto bastante para dissuadi-los de igual procedimento, forçando-os a adotar uma cautela maior diante de situações como a descrita nestes autos.

In casu, sopesados os critérios sugeridos e levando em conta as consequências para o apelado, que não foram tão drásticas assim, fato muito bem assinalado na r. sentença, tenho que o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) arbitrados se mostram condizentes, sendo quantia capaz de advertir o apelado e propiciar ao apelante satisfação compensadora pelos dissabores pelos quais passou.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso para manter inalterada a r. sentença.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ CARLOS GOMES DA MATA e CLÁUDIA MAIA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Perdas e danos - Reexame necessário - Não conhecimento - STJ - Jurisprudência - Servidor público - Remuneração - Revisão geral anual - Impossibilidade - Art. 37, X, da CF - Regulamentação - Ausência - Eficácia limitada

Ementa: Direito administrativo. Apelação. Reexame necessário. Orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Não conhecimento. Ação ordinária de indenização por perdas e danos materiais. Servidores públicos municipais. Art. 37, inciso X, da Constituição Federal. Revisão geral e anual de remuneração. Norma de eficácia limitada. Necessidade de regulamentação por lei ordinária. Responsabilidade civil. Ausência dos elementos caracterizadores. Recurso provido.

- De acordo com orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, não se conhece do reexame necessário nos casos em que não há sentença condenatória, ou naqueles em que esta é ilíquida, se o valor atualizado da causa não atingir o parâmetro limitador do reexame previsto no art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil.

- O art. 37, inciso X, da Constituição Federal, apresenta-se como norma de eficácia limitada, de conteúdo programático, dependendo, sua aplicação, de regulamentação por lei ordinária, específica, observada a iniciativa privativa em cada caso.

- A ausência de lei ordinária, autorizando a revisão geral das remunerações dos servidores públicos municipais, afasta a responsabilidade objetiva do ente estatal, porque a atuação da Administração Pública, direta e indireta, está vinculada ao princípio da legalidade.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0702.07.402347-5/001 - Comarca de Uberlândia - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Uberlândia - Apelante: Município de Uberlândia - Apelados: Ana Maria Moreira Rodrigues e outros - 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 NÃO CONHECER DO REEXAME NECESSÁRIO, NÃO CONHECER DO PEDIDO POSTO NAS CONTRARRAZÕES E DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 26 de março de 2009. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de reexame necessário e de apelação contra sentença do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Uberlândia, que julgou procedente a "ação ordinária de indenização por perdas e danos materiais" ajuizada por Ana Maria Moreira Rodrigues e outros contra o Município de Uberlândia, para condenar

> [...] o Município a indenizar a parte autora (individualmente) por danos materiais correspondentes à somatória das diferenças salariais decorrentes da inflação medida pelo índice de variação do INPC, a contar de junho de 1999, enquanto perdurar a omissão. (Computam-se no valor da indenização as diferenças salariais dos vencimentos mensais e seus reflexos, 13º salário, férias etc.); b.1) - Respeitadas as parcelas alcançadas pela prescrição quinquenal, o valor apurado mês a mês deve ser corrigido monetariamente pelo índice de variação do INPC, a contar da data da sua apuração, acrescido de juros de mora, estes à base de 1% a.m., calculados da data da efetiva citação (f. 124).

O apelante alega que o feito deve ser extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, ante a inadequação da via eleita. Sobre o mérito, alega que a "pretensão dos apelados apresenta tese contrária à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem sido uníssono no sentido de inviabilidade da indenização pleiteada". Na eventualidade de condenação, pede seja reconhecida a ausência de "omissão referente aos exercícios de 2001; 2002, 2006, 2007 e 2008, haja vista que as Leis Municipais 7.800/2001, 8.075/2002, 9.264/2006 e 9.781/2008 estabeleceram reajustes", e a impossibilidade "de condenação do réu em parcelas futuras, como querem os apelados, ao postularem indenização correspondente a parcelas sucessivas "até o momento da cessação do dano", porquanto, não obstante o vínculo jurídico-funcional seja uma relação jurídica de trato sucessivo, tem-se, na vertente hipótese, uma ação de natureza indenizatória; logo, a causa de pedir e o pedido não podem ser projetados para o futuro, devendo em cada época própria, se for o caso, ser objeto de uma discussão própria, com vista à preservação do contraditório e da ampla defesa"; que "seja confirmada a prescrição de eventuais direitos porventura existentes, relativos aos períodos de mais de 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação, o que corresponde a 7 de março de 2001"; que "seja determinado que os juros de mora não ultrapassem o percentual de 6% (seis por cento) ao ano"; e que "descabe a condenação primeva no importe de 10% sobre o valor total da condenação".

O recurso foi respondido (f. 166/185), com pedido de gratuidade judiciária.

De início, observo que o MM. Juiz se manifestou pela necessidade do reexame necessário, mas, de acordo com orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que não há sentença condenatória ou naqueles em que esta é ilíquida, o valor atualizado da causa deve ser o parâmetro utilizado para apurar o cabimento do reexame necessário. Confira-se:

> Agravo regimental em recurso especial. Processual civil e previdenciário. Reexame obrigatório. Valor da causa atualizado. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência do STJ. Súmula 83/STJ. Precedentes.
> 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou já o entendimento no sentido de que a expressão 'valor certo', contida no § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, deve ser aferida quando da prolação da sentença e, se não for líquida a obrigação, deve-se utilizar o valor da causa, devidamente atualizado, para o cotejamento com o parâmetro limitador do reexame necessário. Precedentes.
> 2. 'Não se conhece do recurso especial, pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida' (Súmula do STJ, Enunciado nº 83).
> 3. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp 1.038.243/PR - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - 6ª Turma - *DJ* de 25.08.2008).

> Previdenciário. Processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Reexame necessário. Art. 475, § 2º, do CPC. Valor da condenação. Sentença ilíquida. Observância do valor atualizado da causa. Precedentes. Recurso improvido.
> 1. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmaram o entendimento de que, na hipótese do art. 475, § 2º, do CPC, à falta de liquidez do título judicial, o julgador deve levar em conta o valor da causa atualizado até a data da prolação da sentença condenatória.
> 2. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no Agravo 1.015.258/PR - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - 5ª Turma - *DJ* de 03.11.2008).

No caso, o valor da causa (f. 14), devidamente atualizado, não ultrapassa 60 salários-mínimos (art. 475, § 2º, do CPC), razão pela qual a hipótese não comporta o reexame.

Assim, não conheço do reexame necessário.

Cumpre destacar, ainda, que o contra-arrazoado recursal não é sede apropriada para formulação de pedido de reforma de decisão, que indeferiu pedido de gratuidade judiciária (f. 44/46); prestando-se, tão somente, para oferecimento de contrariedade às alegações tecidas na apelação.

Assim, não conheço do pedido posto nas contrarrazões.

Os autores, entendendo-se lesados por conduta omissiva da Administração Pública Municipal, ingressaram em juízo com o objetivo de obter a reparação de danos.

Portanto, não há como falar em inadequação da via eleita, porque, ao contrário do que entende o apelante, não houve pedido para que se exerça atividade legislativa.

Sobre o mérito, para a caracterização da responsabilidade civil do Estado e, consequentemente, do dever de indenizar, é necessária a ocorrência de um ato ilícito, do dano, bem como do nexo de causalidade entre aquele ato e o referido dano, nos termos do art. 186 do Código Civil, ressaltando-se o caráter objetivo dessa responsabilidade, em se tratando de conduta praticada pelo ente estatal (CF, art. 37, § 6º).

No caso, a ausência das revisões remuneratórias não enseja a pretensão indenizatória ante a eficácia limitada da norma constitucional, implicando inexistência de ato ilícito praticado pelo apelante.

Inexistindo lei autorizando a revisão geral das remunerações dos servidores públicos municipais, não há como falar em responsabilidade objetiva do apelante, porque a atuação da Administração Pública, direta e indireta, está vinculada ao princípio da legalidade.

Dispõe o art. 37, inciso X, da Constituição Federal:

> A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Dúvida não há quanto à eficácia limitada da norma em questão, dependendo, sua aplicação, de regulamentação por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso.

No âmbito municipal, o reajuste de vencimentos de servidor decorre de lei, de iniciativa privativa (art. 61, § 1º, CF), devidamente aprovada pela Câmara de Vereadores e sancionada pelo chefe do Executivo.

Nesse sentido, a pretendida revisão dos vencimentos, constitucionalmente prevista, não produz efeito antes de implementada tal condição por se tratar de norma de conteúdo programático que apenas traça os parâmetros a serem observados pelo legislador ordinário, inexistindo ato ilícito ante a omissão legislativa.

Diversamente do que se possa entender, a revisão geral remuneratória tem como pressuposto inafastável a edição de lei infraconstitucional, para que se verifique a produção de seus efeitos.

Sobre o assunto, confira-se o entendimento deste Tribunal:

> Sendo o art. 37, X, da Constituição da República norma de eficácia limitada, de princípio programático, incabível se mostra pedido de revisão geral anual, se inexiste lei regulamentadora do dispositivo no âmbito do ente federado em que se dá a pretensão. O servidor público não tem direito adquirido a um dado regime remuneratório, o qual pode ser alterado, unilateralmente, pela Administração Pública, desde que respeitada a irredutibilidade de vencimentos. Recurso a que se nega provimento (Apelação Cível nº 1.0024. 308449-8/001 - 3ª Câmara Cível - Rel. Des. Kildare Carvalho - j. em 06.03.2003).

Diante dessas considerações, percebe-se que o art. 37, inciso X, da Constituição Federal, por si só, ante a inexistência da imprescindível manifestação legislativa infraconstitucional, prevendo reajustes em favor dos autores, não assegura o direito por eles perseguido e tampouco pode ensejar a responsabilidade civil do Estado, porque ausente o requisito indispensável da ilicitude do ato.

A Constituição Estadual, no seu art. 24, não aponta para direção diversa, porque preconiza, em seu § 1º, a necessidade de legislação infraconstitucional para se efetivarem os reajustes.

Cumpre destacar, ainda, que se assentou no Supremo Tribunal Federal a orientação de que os membros do Poder Judiciário não podem exercer, a pretexto de aplicação do princípio da isonomia, a tarefa de legisladores positivos, o que configuraria verdadeiro suprimento de lei inexistente, porque tal mister, repita-se, encontra-se afeto aos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse sentido é a Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal: "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia".

Ao ofício jurisdicional, quando for o caso, cabe apenas legislar negativamente, declarando inconstitucional e recusando aplicação à eventual lei que esteja em dissonância com o ordenamento constitucional.

O Poder Judiciário não pode interferir e alterar a realidade orçamentária do Município, sobre a qual não detém domínio por se tratar de incumbência própria do chefe do Poder Executivo municipal.

A questão da revisão de vencimentos, que se reconhece como obrigatória, tem sido resolvida no âmbito do Governo Federal de maneira interessante e até muito criticada, porque, há pouco tempo, o Executivo Federal concedeu aos servidores públicos o aumento de 1%, e, em 2005, o reajuste foi de 0,1%. Bem ou mal, foi cumprindo o preceito constitucional que determinava a revisão anual de vencimentos.

Essa atitude do Governo Federal permite formular o raciocínio de que a revisão de remuneração não se resume à simples concessão de reajuste de vencimentos. É necessário que se determine o valor respectivo, e esse valor apenas o Poder Executivo pode estabelecer, não cabendo essa função ao Poder Judiciário, que não pode conceder revisão de vencimentos e, muito menos, fixar o índice correlato.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente a ação.

Condeno os autores ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R$ 700,00, e das custas, processuais e recursais.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Sr. Presidente. O Poder Judiciário não pode intervir ou suprimir ausência de regulamentação, determinando a revisão geral, visto que não está investido dessa competência legislativa.

De acordo com o Relator.

DES. ALMEIDA MELO - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO REEXAME NECESSÁRIO; NÃO CONHECERAM DO PEDIDO POSTO NAS CONTRARRAZÕES E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Reintegração de posse - Movimento "sem terra" - Inépcia da inicial - Citação de todos - Desnecessidade - Função social da propriedade - Posse e esbulho - Comprovação

Ementa: Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Movimento "sem terra". Inépcia da inicial. Citação de todos. Desnecessidade. Função social da propriedade. Desnecessidade de comprovação. Posse e esbulho comprovados. Ação procedente.

- Não é admissível que grupos sociais, sob o pretexto de que a terra seja improdutiva, invadam a propriedade particular e dela tomem posse, na tentativa de fazer justiça social com as próprias mãos.

- Se a propriedade não cumpre a sua função social, caberá ao Poder Público, através de procedimento próprio, comprovar tal situação e, se for o caso, proceder à desapropriação do imóvel.

Agravo retido e apelação não providos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.116208-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Zeferino Cardoso de Brito e outro - Apelados: Espólio de Anísio Alves dos Santos e outro - Relator: Des. PEREIRA DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 3 de fevereiro de 2009. - *Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEREIRA DA SILVA - Trata-se de recurso de apelação que foi interposto por Zeferino Cardoso de Brito e outros contra a sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara de Conflitos Agrários da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação de reintegração de posse c/c reparação de danos ajuizada pelo espólio de Anísio Alves dos Santos e outros.

Adoto o relatório da sentença (f. 641/720), acrescentando que, do dispositivo, constou o seguinte:

> Posto isso, e considerando o mais quanto dos autos consta, julgo procedente o pedido aviado na inicial por espólios de Anísio Alves dos Santos e de Marieta Augusta Santos, Denison Santos e Dalci Miranda Santos em face de Zeferino Cardoso de Brito, Gabriel José Odilon, Denizar Alves de Souza, Regino José de Lima e requeridos incertos ou desconhecidos, integrantes do Movimento da Liga dos Camponeses Pobres do Norte de Minas, reintegrando os requerentes na posse da Fazenda Mulunguzinho, em Unaí/MG, objeto da matrícula imobiliária nº 12.422.
>
> Condeno os requeridos ao pagamento da quantia de R$9.000,00 (nove mil reais), a título de indenização pela perda dos frutos civis, acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir de 12.04.2004 (primeiro dia útil seguinte ao termo final da dilação do edital de citação dos últimos requeridos - f. 262), e corrigida monetariamente pelos índices da tabela da Corregedoria-Geral do Estado de Minas Gerais, a partir do vencimento de cada parcela (01.10.2003, 01.11.2003 e 01.12.2003).
>
> Condeno os requeridos nas custas processuais, além de honorários de R$1.800,00 (mil e oitocentos reais) devidos ao advogado dos requerentes, equivalentes a 20% (vinte por cento) do valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), tendo em conta o longo tempo do serviço, a relevância da causa, que trata de um sério conflito social de proporção considerável, e o empenho do profissional, atuante em todas as fases do processo. Fica suspensa a exigibilidade de tais verbas, em virtude da concessão aos requeridos do benefício da assistência judiciária gratuita (art. 12 da Lei nº 1.060/50).
>
> Por ofício, informando, na oportunidade, o nome e o número do CPF dos requerentes (f. 02), a denominação e o número da matrícula do imóvel (f. 417/418), solicitar ao Ibama e ao IEF averiguação acerca de eventual irregularidade ambiental do imóvel. E ao Ministério do Trabalho e Emprego, sobre eventual inobservância das normas de regência das relações de trabalho.
>
> Transitada em julgado, depreque-se a expedição e cumprimento do competente mandado de reintegração. Tudo feito, arquivar, com baixa [...].

Inconformados, os réus interpuseram recurso de apelação, às f. 735/755, alegando, preliminarmente, inépcia da inicial. Afirmam que a demanda inexiste para os possíveis ocupantes da área referida na inicial, já que os mesmos não foram qualificados, devendo haver a extinção do processo sem resolução do mérito em relação a eles.

Asseveram que os apelados não juntaram aos autos prova da posse da área, objeto da lide, não sendo possível a alegação de domínio na presente ação. Destacam que a propriedade está sendo objeto de desapropriação, para fins de assentamento de reforma agrária.

Afirmam que os apelados não comprovaram o cumprimento da função social da propriedade, pelo fato

de a propriedade não ser produtiva. O douto representante do Ministério Público afirmou, no parecer de f. 28/30, que os mesmos estariam impedidos do exercício da presente ação em face da evidente impossibilidade jurídica do pedido.

Sustentam que se trata de um conflito social de dimensões graves e que a legítima expectativa de assentamento para fins de reforma agrária de mais de trinta famílias de trabalhadores pode restar frustrada em função da sentença, haja vista que se encontra um processo administrativo de desapropriação perante o INCRA.

Asseveram que, por não haver a caracterização de esbulho, não há que se falar em pagamento de indenização. Requerem a análise do agravo retido de f. 295/298, extinguindo-se o processo, sem resolução do mérito.

Os apelados apresentaram contrarrazões, às f. 898/904, requerendo a manutenção da sentença.

O douto Procurador de Justiça apresentou parecer às f. 913/932, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

Este, o breve relatório.

Conheço dos recursos porque próprios e tempestivos.

Foram preenchidos os demais requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, passo à análise do agravo retido interposto pelos ora apelantes.

Os apelantes interpuseram agravo retido, às f. 295/298, requerendo a decretação de carência de ação, sob a alegação de inépcia da inicial, com base nos arts. 267, IV, e 301, X, do CPC.

A meu ver, não assiste razão aos apelantes, pois, em ações de natureza agrária, em que consta no pólo passivo um grande número de pessoas, não é necessária a individualização de todos, diante de evidente inviabilidade.

Nessa situação, não há motivo para temer prejuízos a terceiros cujos nomes não constam da inicial, diante da possibilidade de representação dos mesmos por meio de curador especial, que cuidará de sua defesa.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça:

> Ementa: Processo civil. Reintegração de posse. Invasão coletiva. Impossibilidade de qualificação de todos os requeridos. - A exigência da norma consubstanciada no inciso II do art. 282 do CPC deve ser abrandada quando se tratar de invasão coletiva, levada a efeito por grande número de pessoas, dificultando, assim, a individuação de todos os invasores.
> - Nesses casos, a eventual decisão que determinar a reintegração de posse se estende a todos os réus, ainda que não citados pessoalmente, mas por edital, para a causa.
> - E nem se diga que a defesa dos réus não qualificados restaria prejudicada.
> - *Primus*, qualquer um deles pode integrar a lide, tão logo tome ciência da ação (e tomarão, se a reintegração vier a ser cumprida); *secundus*, aqueles que forem citados por edital serão representados por curador especial, ou seja, não ficarão sem defesa; *tertius*, a defesa de um aproveitará a todos. (Agravo 1.0000.00.343.908-0/000. Relator Des. Brandão Teixeira.)

O douto Procurador de Justiça assim manifestou-se, em seu ilustre parecer, sobre a alegação de inépcia da inicial:

> [...] em casos envolvendo conflitos pela posse da terra rural, nos quais é comum a mobilização de trabalhadores pelos movimentos sociais, não é possível, via de regra, identificar todos os requeridos, o que seria acentuado diante da mutabilidade do quadro dos ocupantes. Assim, devemos aceitar tal inviabilidade fática e considerarmos que, apesar de tratar-se de litisconsórcio necessário, a identificação de alguns dos requeridos é suficiente, devendo ocorrer citação pessoal daqueles identificados e citação editalícia daqueles incertos e desconhecidos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo retido interposto.

Cumpre salientar que a questão suscitada na preliminar de carência de ação é idêntica à matéria decidida no agravo retido, razão pela qual passo à análise do mérito do recurso.

Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada pelos ora apelados, requerendo a reintegração do imóvel a eles pertencente, ocupado pelos apelantes, que se recusam a sair do mesmo.

Analisando detidamente os autos, entendo, *data venia*, que não assiste razão aos recorrentes, já que a questão debatida neste recurso remonta ao direito de posse, não sendo necessário, portanto, perquirir a respeito da função social da propriedade.

É certo que nosso ordenamento jurídico prevê a utilização da propriedade a fim de que a mesma cumpra a sua função social, ou seja, que tenha aproveitamento racional e adequado; que sejam utilizados de forma adequada os recursos naturais disponíveis, com preservação do meio ambiente; que sejam observadas as disposições que regulam as relações de trabalho e, finalmente, que sua exploração favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186 da CF/1988).

Entretanto, entendo que a simples alegação de que a terra não está cumprindo a sua função social não autoriza a sua invasão por terceiros.

Se verdadeira a informação de que o imóvel rural dos apelados não cumpre a sua função social, caberá ao Poder Público instaurar procedimento para comprovar tal situação e, se for o caso, através de indenização justa, proceder à desapropriação do bem para fins de reforma agrária.

O que não se permite é que grupos sociais, sob o pretexto de que a terra é improdutiva, invadam a propriedade particular e dela tomem posse, na tentativa de fazer justiça com as próprias mãos.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento - Ação de reintegração de posse - Nulidade da decisão concessiva de liminar - Inocorrência - Ausência de prévia intimação do MP - Desnecessidade - Inexistência de vistoria - Irrelevância - Audiência de justifi-

cação não realizada - Inocuidade - Efetiva comprovação da posse do autor e do esbulho - Reintegração devida.
- Não é necessária a intimação do representante do Ministério Público para se manifestar acerca do pedido liminar de reintegração de posse nas hipóteses em que há invasão do MST, haja vista que, ainda que exista o interesse público, a apreciação da medida liminar cabe apenas ao juiz, sendo dispensável até mesmo a oitiva da parte contrária, mormente em havendo urgência.
- A vistoria *in loco* ao local do litígio pelo julgador pode ser substituída por relatório da Polícia Militar, mormente tendo em vista que o art. 126, parágrafo único, da Constituição Federal só exige a presença do juiz no local do litígio se necessária à eficiente prestação jurisdicional.
- O magistrado não é obrigado a marcar audiência de justificação em qualquer situação, mas somente quando não plenamente convencido sobre a concessão ou indeferimento de liminar.
- Apurada a ocorrência de esbulho da posse do autor, impõe-se sua reintegração no terreno invadido, ainda que não se desconheça o postulado da função social da propriedade, princípio este que deve ser efetivado pela Administração, e não pelo Judiciário, sob pena de se sacrificar a ordem jurídica. (AI 1.0024.06.088.432 - 7/001. Relator Des. Dídimo Inocêncio de Paula.)

Reintegração de posse - Prova da posse e do esbulho - Prova da função social da propriedade - Desnecessidade. - Na ação de reintegração de posse, cumpre ao possuidor provar a sua posse anterior, o esbulho e a perda da posse, não sendo o cumprimento da função social da propriedade requisito para o deferimento da tutela possessória. Apelação provida. (AC 1.0024.03.059.797 - 5/002. Relator: Des. Roberto Borges de Oliveira.)

Agravo de instrumento. Reintegração de posse. Invasão de fazenda pelo Movimento dos Sem Terra. Liminar. Caráter produtivo da terra. Irrelevância. Direito constitucional de garantia da propriedade. - O caráter produtivo da terra não pode ser critério de observância para os termos de concessão de liminar de reintegração de posse contra invasão do MST, porque, em tal sede, cumpre resguardar o direito à propriedade, garantido pela Constituição Federal, não cabendo ao Judiciário questão ligada à redistribuição de terras, pois, para tanto, existem os meios legais. (AI 1.0024.05.785.685 - 8/001. Relator Des. Luciano Pinto.)

Dessa forma, não se faz necessário, para a concessão da proteção possessória pleiteada pelos apelados, que os mesmos comprovem nos autos que o seu imóvel atende à sua função social.

Nesse ponto, entendo oportuno transcrever trechos de um artigo publicado no jornal *Estado de Minas*, edição de 18.5.2000, da lavra do Prof. Antônio Álvares da Silva, da Faculdade de Direito da UFMG:

> Os juízes não podem descumprir a lei com base nas questões sociais, porque não têm poderes para isto. Se assim agissem, complicariam muito mais em vez de resolver os conflitos coletivos. Cabe aqui a ação do Estado, que é, em última análise, o representante de todos nós, que nos cobra tributos e nos impõe deveres, exatamente para dividir os encargos sociais com todos os membros da sociedade.

E prossegue o articulista:

> Se o Estado não quer desocupar terrenos ocupados, por que não desapropria a área invadida por quem não tem onde morar? Se as crianças vão ficar desabrigadas (e vão mesmo) por que não promove a construção de casas populares? Se a Fazenda Tangará em Uberlândia foi invadida e se sua desocupação pode custar sangue, cumpre à Administração Pública decidir: ou devolvê-la a seu proprietário ou desapropriá-la na forma prevista na Constituição e entregá-la aos sem-terra, como uma forma de divisão de bens, também necessária ao equilíbrio social.
> Num estado democrático, o povo é livre, inclusive para fazer as leis. Se achamos que a ordem social está errada, então vamos mudá-la fundamentalmente, criando um novo sistema jurídico, com o qual se faça melhor justiça coletiva. Pode-se até mudar o conceito de propriedade privada imóvel, limitando-a a uma certa dimensão e desapropriando o restante, desde que tais mudanças se façam democraticamente.
> O que não se pode fazer é descumprir a ordem jurídica, nem transferir para o Judiciário uma responsabilidade que não é sua. Nossas leis estão erradas? Então vamos mudá-las. É para isto que existe o Congresso Nacional. Mas respeitá-las, enquanto existirem é uma obrigação de todos nós.

A meu ver, a prova documental e a prova testemunhal produzidas nos autos agasalharam bem a pretensão dos apelados, demonstrando a plausibilidade do direito alegado e os demais requisitos necessários à procedência da ação de reintegração de posse.

No presente caso, entendo que há de se prestigiar a impressão tida pelo ilustre Magistrado *a quo*, quanto à plausibilidade das alegações dos ora apelados, considerando presentes os requisitos necessários ao deferimento da liminar de reintegração de posse, já que ele se encontra perto da realidade dos fatos e das partes, tendo fundamentado suficientemente sua decisão, pautando-se em elementos robustos para prolação da decisão ora objurgada.

E, ao compulsar os autos, também me convenci da existência de prova da posse dos apelados, bem como pela prática do esbulho.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso interposto, mantendo íntegra a bem-lançada sentença, da lavra do operoso Juiz Osvaldo Oliveira Araújo Firmo.

Custas recursais, pelos apelantes, estando suspenso o pagamento, por estarem litigando sob o pálio da justiça gratuita - Lei Federal 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CABRAL DA SILVA e MARCOS LINCOLN.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

...

Pedido de restituição - Contribuição previdenciária - Desconto dos empregados - Ausência de repasse à seguridade social - Créditos - Direito de preferência

Ementa: Apelação cível. Pedido de restituição. Contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e não repassadas à seguridade social. Preferência.

- Descontadas as contribuições previdenciárias dos salários dos empregados da empresa falida, estas não pertencem a seu patrimônio, gozando a Seguridade Social do direito de preferência a tais créditos.

- A restituição requerida está embasada no art. 51, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91, não estando sujeita a concurso de credores na falência, sendo certo que as contribuições previdenciárias devem ser restituídas antes do pagamento de qualquer crédito.

- Dou provimento ao recurso e reformo a r. sentença, reconhecendo a favor do INSS o direito de preferência na restituição de seus créditos (contribuições previdenciárias), devendo a apelada arcar com a totalidade dos ônus sucumbenciais.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.06.200777-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: INSS - Instituto Nacional de Seguro Social - Apelada: Massa falida da Construtora Minas Camag Ltda., representada pelo síndico Paulo Pacheco Medeiros Neto - Relator: DES. BRANDÃO TEIXEIRA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 31 de março de 2009. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Não conheço do reexame necessário, com fundamento no art. 475, § 2º, do CPC. Admito o recurso interposto, porque presentes seus requisitos e pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário e apelação cível em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em face de ação de restituição proposta pelo INSS em face da massa falida Construtora Minas Camag Ltda., reconhecendo em favor do autor o direito à restituição da quantia de R$11.042,00 (onze mil e quarenta e dois reais), sem preferência sobre os créditos e encargos de natureza salarial ou alimentar da massa (f. 55/61).

Na inicial da ação de restituição, argumentou-se, resumidamente, que o instituto autor é credor de quantia relativa a contribuições previdenciárias que, embora descontadas pela empresa de seus empregados, não foram repassadas aos cofres da Previdência Social, com inobservância das determinações legais. Por fim, pleiteou a declaração de seu direito à restituição da quantia de R$11.042,00 (onze mil e quarenta e dois reais), determinando-se seu imediato pagamento, com prioridade sobre os demais créditos habilitados, inclusive os trabalhistas.

Citada, a massa falida, representada por seu síndico, manifestou-se às f.15/19, opinando pela parcial procedência do pedido, para que o pagamento do crédito pertencente à autarquia federal seja efetuado apenas após a satisfação dos créditos trabalhistas, de acordo com a reiterada jurisprudência.

O ilustre Magistrado, analisando os autos, julgou parcialmente procedente o pedido, declarando o direito à restituição, sem preferência sobre os créditos e encargos de natureza salarial ou alimentar da massa.

Inconformado, o autor aviou recurso de apelação às f. 64/80, argumentando: é induvidoso que o pedido de restituição se sobrepõe aos créditos trabalhistas e encargos e dívidas da massa, porque se trata de bens da previdência que não integram o patrimônio da massa; a restituição de contribuições previdenciárias fruto de apropriação indébita não está sujeita a concurso de preferência; em caso de manutenção da sentença, necessária a compensação das despesas e honorários advocatícios proporcionalmente, nos termos do art. 21 do CPC. Por fim, pleiteou o provimento do recurso para se reformar a sentença, reconhecendo o direito à restituição não se operando preferência de quaisquer créditos ou para isentar a autarquia apelante do pagamento das custas ou para se determinar a distribuição e compensação proporcional, entre os litigantes, das custas processuais e honorários advocatícios.

Esse o relatório. Decido.

Cinge-se a questão a saber se está correto o entendimento contido na sentença, de que "o caráter absoluto de preferência do crédito da autora em relação àqueles de natureza trabalhista e encargos da massa é relativizado", porque "antes deles, outros créditos existem como o acidental trabalhista e os que instrumentalizam o processo", os quais "asseguram a dignidade daqueles que trabalharam junto à massa" (*sic*, f.59). Assim, concluiu que a restituição do valor pleiteado deve ocorrer, sem preferência sobre os créditos e encargos de

natureza salarial ou alimentar da massa, devendo a restituição "ser cumprida pela devedora dentro das possibilidades que a massa falida comportar, ou por meios previstos no CTN, Leis de Execução Fiscal e no art. 133 da Lei de Falências, caso seja insuficiente o ativo da ré" (*sic*, f. 61).

O apelante sustenta ser "induvidoso que o pedido de restituição se sobrepõe aos créditos trabalhistas e encargos e dívidas da massa, visto constituir bens da falência que não integram o patrimônio da massa", e que, apesar de "haver decisões isoladas em sentido contrário, pacificou-se também nos tribunais superiores o entendimento no sentido de que ao INSS cabe o direito de haver os créditos descontados dos empregados pelo falido e não repassados à Previdência Social, os quais devem ser restituídos antes do pagamento de qualquer crédito, ainda que trabalhista, porque se trata de bens que não integram o patrimônio do falido" (*sic*, f. 69).

Data venia do entendimento exposto na sentença, tem-se que os argumentos do apelante merecem acolhida.

Ora, descontadas as contribuições previdenciárias dos salários dos empregados da empresa-falida, estas não pertencem a seu patrimônio, gozando a Seguridade Social do direito de preferência a tais créditos.

A restituição requerida está embasada no art. 51, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91, não estando sujeita a concurso de credores na falência, sendo certo que as contribuições previdenciárias devem ser restituídas antes do pagamento de qualquer crédito.

Tal entendimento é pacífico no Superior Tribunal de Justiça:

> Previdenciário e processual civil - Falência - Créditos previdenciários recolhidos e não repassados - INSS - Restituição - Possibilidade - Recurso especial - Seguimento negado. - 1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados, pelo falido, e não repassadas aos cofres previdenciários devem ser restituídas antes do pagamento de qualquer crédito, ainda que trabalhista, porque se trata de bens que não integram o patrimônio do falido. Incidência da Súmula 417 do STF. (REsp 284.276/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* de 11.6.2001.) - 2. Os créditos previdenciários não compõem a massa para fins de pagamento dos créditos provenientes de acidente do trabalho e dívidas trabalhistas da empresa falida. - 3. Precedentes: REsp 399689/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 14.6.2006 e REsp 730824/RS, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 21.9.2006.) Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 501.643/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02.10.2007, *DJ* de 16.10.2007, p. 350.)

> Tributário. Falência. Pedido de restituição da contribuição previdenciária descontada dos empregados, e não repassada ao INSS. Cabimento. Dispositivo legal apontado como violado que não contêm comando capaz de infirmar o juízo formulado pelo acórdão recorrido. Súmula 284/STF. Não sujeição à ordem de preferência da lei de falências. Juros de mora sujeitos ao concurso de credores. Recurso especial parcialmente provido.
> 1. Não pode ser conhecido o recurso especial pela alínea *a* se o dispositivo apontado como violado não contém comando capaz de infirmar o juízo formulado no acórdão recorrido. Incidência, por analogia, a orientação posta na Súmula 284/STF.
> 2. A 1ª Seção desta Corte consolidou, há muito, entendimento no sentido de que 'as contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados, pelo falido, e não repassadas aos cofres previdenciários, devem ser restituídas antes do pagamento de qualquer crédito, ainda que trabalhista, posto que a quantia relativa às referidas contribuições, por motivos óbvios, não integram o patrimônio do falido' (Precedentes: REsp 666351/SP, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, *DJ* de 15.09.2005; REsp 729516/SP, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 06.12.2005; REsp 631658/RS, 1ª Turma, Francisco Falcão, *DJ* de 18.10.2005; REsp 686122/RS, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, *DJ* de 08.11.2005).
> 3. Os juros de mora, por não decorrerem de obrigação de terceiro, mas do inadimplemento do dever de repassar à autarquia as contribuições previdenciárias anteriormente descontadas dos salários dos empregados, não se submetem ao regime da restituição, 'cabendo ao responsável tributário, a massa falida, o encargo financeiro referente aos juros moratórios derivados de seu inadimplemento no prazo oportuno, revela-se inaplicável o regime das restituições, devendo o referido crédito sujeitar-se ao concurso de credores' (REsp 769174/RS, 1ª Turma, Min. José Delgado, *DJ* de 15.12.2005).
> 4. Recurso especial a que se dá parcial provimento. (REsp 780.971/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 05.06.2007, *DJ* de 21.06.2007, p. 282.)

No mesmo sentido, decisão deste egrégio Tribunal de Justiça:

> Ementa: Tributário. Contribuição previdenciária descontada dos empregados. Produto de arrecadação não recolhida pela massa falida. Valor pertencente a terceiro. Pedido de restituição formulado pelo INSS. Preferência do crédito trabalhista. Inexistência. Lei nº 8.212/91 e arts. 76, 77, 78, 79 e seus parágrafos da Lei de Falências e Concordatas. Deferimento parcial do pedido. Apelação provida. - Tem o INSS o direito de pedir a restituição do produto de arrecadação da contribuição previdenciária descontada dos empregados, e não recolhida pela massa falida, nos termos do disposto no art. 51 e seu parágrafo único da Lei nº 8.212/91 e nos arts. 76, 77, 78, 79 e seus parágrafos da Lei de Falências e Concordatas, por tratar-se de valor pertencente a terceiro, e não de crédito sujeito à classificação ou ao rateio no processo de falência, não ocorrendo em relação a ele a preferência do crédito trabalhista, razão pela qual se impõe o provimento da apelação interposta pelo credor da decisão pela qual o seu pedido foi deferido em parte, com a determinação da inclusão do valor do seu crédito no quadro de credores, para autorizar-se a sua restituição independentemente dessa exigência. (Apelação Cível / Reexame Necessário nº 1.0024.03.923012-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara de Falências e Concordatas de Belo Horizonte - Apelante: INSS - Instituto Nacional de Seguro Social - Apelada: Massa falida Transnazaré - Transp Nossa Senhora de Nazaré Ltda., representada pelo síndico - Relator: Des. Fernando Bráulio.)

Assim sendo, com esses fundamentos, dou provimento ao recurso e reformo a r. sentença, reconhecendo a favor do INSS o direito de preferência na restituição de

seus créditos (contribuições previdenciárias), devendo a apelada arcar com a totalidade dos ônus sucumbenciais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CAETANO LEVI LOPES e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO E REFORMARAM A SENTENÇA.

...

Indenização - Dano moral - Policial militar - Exclusão da corporação - Ato administrativo - Dano - Nexo de causalidade - Ausência de prova - Responsabilidade civil do Estado - Não caracterização

Ementa: Apelação cível. Responsabilidade do Estado. CR/88, art. 37, § 6º. Indenização por danos morais. Fundamento do pedido de indenização na exclusão do apelante dos quadros da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Alegados danos morais no procedimento de exclusão. Necessidade de comprovação do dano e do nexo de causalidade. Inexistência de prova inequívoca nos autos. CPC, art. 333, inciso I. Ocorrência de meros aborrecimentos ou dissabores. Não caracterização da responsabilidade do Estado. Manutenção da sentença, com improcedência do pedido. Desprovimento do recurso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.532560-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Roberto Santiago Scaldaferri - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RONEY OLIVEIRA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 31 de março de 2009. - *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RONEY OLIVEIRA - Trata-se de apelação cível (f. 115/118-TJ), interposta por Roberto Santiago Scaldaferri, em face da sentença proferida às f. 105/113-TJ, que, nos autos da ação de reparação por danos morais proposta contra o Estado de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido de indenização, com a condenação do autor na sucumbência, sendo os honorários fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), suspensa a exigibilidade pelo deferimento da justiça gratuita.

O autor apelou (f. 115/118-TJ), requerendo o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 121/125-TJ.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Inicialmente, há que apreciar a preliminar de incompetência da Justiça Comum para processar e julgar a presente ação de indenização, uma vez que alega ser matéria vinculada à Justiça Militar.

Não obstante a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao art. 125 da CR/88, no que diz respeito à ampliação da competência da Justiça Militar, a situação dos presentes autos não é adequada à reforma, uma vez que não se trata de pedido de anulação da exclusão dos quadros da Polícia Militar (questão já definida em anterior ação), mas, tão somente, de requerimento de indenização por danos morais em face de supostos constrangimentos pelo procedimento.

Assim, o pleito de indenização por supostos constrangimentos pelo apelante não está inserido entre as hipóteses de competência da Justiça Militar.

Rejeito a preliminar.

No mérito, melhor sorte não socorre o apelante.

A exclusão já foi apreciada em processo anterior (024.01.020591-2), com trânsito em julgado, pelo que inviáveis novos questionamentos a esse respeito, ainda que o objetivo principal do apelante, na nova ação, seja a fixação de indenização por supostos danos morais.

A jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça (TJMG) é clara ao definir que a simples exclusão dos quadros da Polícia Militar não gera o dever de indenizar:

> Ação de reparação por danos morais cumulada com pedido de reintegração em cargo. - Como foi legal sua exclusão da PMMG, a decepção decorrente do referido ato administrativo não pode ensejar reparação por danos morais ao apelante. Não pode ser deferida reintegração em cargo negada em outro feito, já transitado em julgado. Recurso desprovido (TJMG - Ap Cível nº 1.0024.01.578743-5/001 - Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves - 6ª CCTJMG - j. em 02.10.07 - pub. em 23.10.07).

> Ação de indenização. Dano moral decorrente da exclusão de servidor militar da corporação. Abuso de direito não configurado. Ausência do dever de reparar. - A prática de ato ilícito é pressuposto do dever de indenizar danos daí decorrentes. Se o ato que exclui servidor militar da corporação se revela exercício regular de um direito, não existe direito à reparação de suposto dano moral (TJMG - Ap. Cível nº 1.0024.03.985160-5/001 - Rel. Des. Edilson Fernandes - 6ª CCTJMG - j. em 19.09.06 - pub. em 06.10.06).

> Ação de indenização. Policial militar. Exclusão da corporação. Decisão disciplinar. Alegação de ilegalidade. Inocorrência. Inexistência do dever de indenizar. - Insubsistente o dever de indenizar quando restar provado que a Administração agiu dentro da mais estrita legalidade (TJMG - Ap. Cível nº 1.0480.02.036087-5/001 - Rel. Des. Silas Vieira - 3ª CCTJMG - j. em 21.08.08 - pub. em 16.09.08).

E, nos autos, não encontramos comprovado nenhum fato que corrobore a alegação de constrangimento passível de condenação à indenização por danos morais, bem como o nexo de causalidade com a atuação da Administração Pública.

Assim, é cediço que, para que surja o dever de indenizar, faz-se necessária a presença dos requisitos da responsabilidade civil: o dano sofrido pela pessoa, o ato ilícito que resultou nesse dano e o nexo de causalidade entre o ato e o dano por ele produzido.

Segundo lição de Carlos Alberto Bittar:

> A caracterização do direito à reparação depende, no plano fático, da concorrência dos seguintes elementos: o impulso do agente, o resultado lesivo e o nexo causal entre ambos, que são, aliás, os pressupostos da responsabilidade civil. Entendido o direito como correlacionado à responsabilidade do lesante, tem-se que, na configuração concreta, é da reunião dos elementos citados que se legitima a pretensão reparatória do lesado, a qual se pode efetivar amistosa ou judicialmente, conforme o caso (*Reparação civil por danos morais*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 133-134).

Dessa forma, o suposto dano sofrido somente gerará a responsabilidade quando for possível estabelecer um nexo causal entre ele e a conduta, comissiva ou omissiva do agente, não importando se agiu com culpa ou dolo, elidindo-se a responsabilidade civil se não houver um comportamento humano contrário à ordem jurídica.

> Ementa: A responsabilidade da Administração Pública assenta-se na teoria do risco administrativo, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Demonstrado o nexo de causalidade entre a ação ou a omissão do agente público e a efetividade do dano (material e/ou moral), as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos prejuízos para com terceiros, sem culpa exclusiva ou concorrente destes, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88 (TJMG - Ap. Cível nº 1.0000.00.315847-4/000 - Rel. Des. Pedro Henriques - 8ª CCTJMG - j. em 31.03.03 - pub. em 08.08.03).

Sabe-se que, via de regra, a responsabilidade do Estado - assim compreendido os três entes federados (União, Estado e Município) - é objetiva, respondendo a Administração Pública pelos danos causados por seus agentes a terceiros, bastando, nesse caso, apenas a prova do nexo de causalidade entre a atividade pública e o dano sofrido, desnecessário, portanto, a comprovação da culpa no cometimento da lesão (CR/88, art. 37, § 6º).

> Art. 37 [...]
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No caso em comento, no entanto, pelos documentos colacionados nos autos pelas partes (f. 11/35-TJ) e pela prova pericial (f. 82/91-TJ), cheguei à mesma conclusão da em. Magistrada de primeiro grau, uma vez que o autor não se desincumbiu do ônus que lhe cabia (CPC, art. 333, inciso I), qual seja o de comprovar o dano moral e seu nexo de causalidade que, s.m.j., não tem como ser presumido.

> Art. 333. O ônus da prova incumbe:
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; [...].
>
> Ementa: Por força da norma do art. 333, I, CPC, compete ao autor, para que possa ver vingar a sua pretensão, desonerar-se da prova dos fatos constitutivos do direito que está a perseguir. Não o fazendo, sujeita-se a perder a causa (TJMG - Ap. Cível nº 309.999-1/0 - Rel. Des. Edivaldo George - 7ª CCTJMG - j. em 24.02.03 - pub. em 10.04.03).

No mesmo sentido: LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 208.

O simples fato de ter suportado a exclusão dos quadros da Polícia Militar, sem maiores consequências, sendo o ato administrativo confirmado por outra decisão judicial com trânsito em julgado (024.01.020591-2), não é causa para indenização por danos morais.

E volto a frisar, ainda que o Estado seja responsável, em um primeiro momento, diretamente pelos atos de seus prepostos, consequência da responsabilidade objetiva (CR/88, art. 37, § 6º), não se retira a obrigatoriedade de os supostamente prejudicados comprovarem o dano, mesmo que moral, e o nexo de causalidade, o que não ocorreu no presente caso.

Nesse sentido:

> [...] Durante o processamento da ação, o autor terá o ônus probatório sobre o dano e o nexo causal deste com o fato (ação ou omissão) administrativo (CPC, art. 333, inciso I), enquanto que caberá ao réu, para eximir sua responsabilidade (CPC, art. 333, inciso II), comprovar a ocorrência das excludentes. Portanto, efetivamente, o êxito na presente ação depende da prova produzida por autor e réu [...] (FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Responsabilidade patrimonial do Estado. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). *Curso prático de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 286).

Não se verifica a ocorrência de um dano à moral e à honra do postulante, a ocasionar sentimentos contundentes de dor, humilhação ou sofrimento, mas, tão somente, a existência de um desconforto ou aborrecimento ocasionado pelo ato administrativo (exclusão dos quadros da Polícia Militar por procedimento disciplinar, em que foi assegurado o devido processo legal), o que não enseja a reparação por danos morais.

Assim, não havendo a comprovação de que o autor tenha sido ofendido em sua honra pelo ato administrativo por ele apontado na exordial, não há falar em condenação do Estado, tendo em vista inexistir prova acerca da lesão alegada e do nexo de causalidade.

Dessa forma, a sentença deve ser confirmada, uma vez que, julgado improcedente o pedido de indenização, atendidos que foram os elementos dos autos.

Isso posto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, isento por estar sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CARREIRA MACHADO e BRANDÃO TEIXEIRA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Dano moral - Banco - Conta-salário - Tarifa - Cobrança - Inadmissibilidade - SPC - Inscrição - Dever de indenizar - Valor - Critério de fixação

Ementa: Ação de indenização por danos morais. Conta bancária. Recebimento de salário. Ausência de movimentação. Não encerramento. Cobrança indevida. Negativação de nome em órgãos de proteção ao crédito.

- A não movimentação de conta-salário, a qual era utilizada pelo correntista apenas para o depósito e recebimento de quantia paga pelo empregador, não autoriza a cobrança de tarifas bancárias, tampouco o débito irregularmente gerado deve se prestar a franquear o registro do nome do autor nos bancos de dados dos órgãos de proteção ao crédito, atitude que configura ofensa moral indenizável.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.468007-6/001 - - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Anderson Gatti Ribeiro - Apelado: Banco do Brasil S.A. - Relator: DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de fevereiro de 2009. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Cuida-se de apelação interposta por Anderson Gatti Ribeiro, contrariando a sentença prolatada nas f. 116/119, pela qual o ilustre Juiz singular julgou improcedentes todos os pedidos formulados na inicial da ação de indenização que o apelante move contra o Banco do Brasil S.A.

O apelante postula, em preliminar, a aplicação de efeito suspensivo ao recurso, para que sejam expedidos ofícios aos órgãos de proteção ao crédito (SPC e Serasa), para que retirem o seu nome da lista de inadimplentes.

Quanto ao mérito, aduz, em suma, que logrou comprovar os fatos alegados na inicial, porque o apelado realizou descontos indevidos em sua conta-salário; que assinou o contrato de abertura de conta-corrente com o objetivo de apenas receber seus proventos pagos por Moviecom Alameda, conforme se vê do documento de f. 51/verso; que não há provas a insinuar a abertura de conta especial; que os extratos bancários comprovam a movimentação da conta somente para o recebimento de salário (f. 61/102); que a inversão do ônus da prova é necessária para se apurar o motivo ensejador do débito de R$ 419,82; que em conta-salário não é possível incidir tarifas decorrentes de manutenção de contas; que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor.

O apelado ofertou as contrarrazões de f. 131/139, pugnando pelo não provimento do recurso.

A ausência de preparo recursal justifica-se pela gratuidade de justiça deferida ao autor.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Emerge dos presentes autos que Anderson Gatti Ribeiro propôs ação de indenização por danos materiais e morais com pedido de tutela antecipada contra o Banco do Brasil S.A., ao fundamento de que a conta-corrente por ele aberta destina-se apenas ao recebimento de salário, pelo que não lhe pode ser exigida qualquer tarifa bancária afeta a conta especial e que a remessa de seu nome aos órgãos de proteção ao crédito configura ofensa moral a ser indenizada.

O Banco do Brasil S.A., em contestação, apresentou a tese de que o autor contratou a abertura de conta especial classic, e não de conta-salário, argumentação esta aceita pelo MM. Juiz singular que veio a julgar improcedentes os pedidos exordiais, advindo daí o inconformismo recursal.

Compulsando-se os autos e procedendo-se a uma acurada análise da prova documental apresentada pelo próprio banco, denota-se que a conta bancária aberta em nome do autor-apelante destinava-se única e exclusivamente ao depósito e saque de salário, conforme conta no verso da proposta de abertura de conta-corrente acostada à f. 51.

De igual modo, ao analisar o documento de f. 52, contrato de adesão a produtos e serviços, também percebe-se que ao autor não foi conferido qualquer limite

de crédito a ser eventualmente utilizado, o que corrobora a tese de que referida conta era mantida apenas para o recebimento de salário, até porque a toda conta especial existe uma linha de crédito automaticamente disponibilizada ao correntista.

E não é diferente com os extratos bancários acostados nas f. 61/80, os quais também revelam que a conta-corrente do autor-apelante era utilizada apenas para recebimento de salário, sendo evidentes os depósitos efetivados, mensalmente, pelo empregador, assim como os respectivos saques.

Resta patente que o apelante somente movimentou sua conta por meio de cartão magnético, usando-o para os saques dos valores depositados pela empregadora, não se utilizando de talões de cheques ou qualquer outro serviço disponibilizado pela instituição.

Também estou convencido de que não restou evidenciado nos autos que o titular da conta-corrente foi devidamente informado sobre as condições, cobrança de taxas e formalismos para o encerramento da conta-corrente.

Nesse contexto, sopesando as características e o objetivo da conta bancária utilizada pelo autor, notadamente pelo que consta no documento de f. 51 verso, resta evidenciado que se trata de uma conta-salário, já que o contrário não se provou.

Em se tratando de conta-salário, é por demais sabido que não é permitida a cobrança de qualquer tarifa bancária, cabendo ser lembrado que o Bacen, desde a edição da Resolução 2.718/00, em seu art. 1º, § 1º, vedara tal prática.

Acresce ser dito que, não tendo o autor se utilizado de qualquer serviço disponibilizado pelo banco, seja através de depósitos, saques ou emissão de cheques, não poderia imaginar que, ao deixar de receber o seu salário através de depósito bancário, passaria a sofrer a cobrança de qualquer encargo, até porque no contrato, trazido aos autos pelo apelado, não consta qualquer cláusula nesse sentido.

Dessarte, tratando-se de conta-salário, cessada a movimentação pelo autor e não existindo no pacto celebrado entre as partes cláusula expressa dispondo sobre a cobrança de tarifas, mesmo na hipótese de conta inativa, o comportamento do banco réu em cobrá-las, inclusive de forma cumulativa, e remetendo o nome do correntista aos órgãos de proteção ao crédito, configura ilícito civil a ser reparado, com o consequente afastamento da cobrança do débito indevidamente gerado.

O entendimento jurisprudencial não destoa:

> Ação de indenização. Cerceamento de defesa não configurado. Conta-salário. Ausência de movimentação. Cobrança indevida de tarifas e encargos. Inscrição em cadastros de restrição ao crédito. Dever de indenizar. Inexiste cerceamento de defesa quando demonstrada a regularidade da instrução processual e a inércia da parte requerida em solicitar a produção de provas que entendesse necessárias à comprovação da existência de fato extintivo do direito da autora. Tratando-se de conta-salário, com destinação exclusiva para o depósito e saque dos salários percebidos, configura-se indevida a cobrança das tarifas bancárias, e, conseqüentemente, o lançamento do nome da autora em cadastro de inadimplentes é ilegal, restando caracterizado, por si só, o dano moral (TJMG, Apelação Cível nº 1.0027.07.119736-5/001, Relator Des. D. Viçoso Rodrigues, j. em 04.03.08).

Na hipótese, atento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, mormente porque a reparação por danos morais não deve se prestar a ensejar o enriquecimento sem causa, estou a concluir que a quantia de R$ 4.150,00 (quatro mil cento e cinquenta reais), equivalente a 10 vezes o atual salário mínimo, se mostra suficiente para reparar a ofensa moral sofrida pelo autor, já que, na espécie, o dano moral é presumido.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para reformar, por completo, a sentença recorrida e julgar procedente o pedido inicial, para reconhecer como indevidas as tarifas cobradas, condenando o réu a pagar ao autor, a título de reparação por dano moral, a quantia de R$ 4.150,00 (quatro mil cento e cinquenta reais), corrigidos monetariamente pelo índice divulgado pela tabela publicada pela Corregedoria-Geral de Justiça do TJMG, mais juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambos a partir da data da publicação do acórdão, e determinando, ainda, o cancelamento das restrições existentes nos órgãos de proteção ao crédito, resultantes dos fatos aqui narrados.

Condeno o réu-apelado no pagamento das custas processuais, inclusive recursais, e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOTA E SILVA e ELPÍDIO DONIZETTI.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança - Estudante - Servidor público - Ipsemg - Prova escolar - Abono de faltas - Restrição - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Lei 869/52 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais - Princípio da hierarquia das leis - Aplicabilidade

Ementa: Mandado de segurança. Servidor estudante. Abono de faltas em dias de prova. Limitação. Impossibilidade. Direito líquido e certo do impetrante ao benefício. Parcelas pretéritas. Via própria.

- A Lei 869/52 assegura aos servidores civis estaduais que sejam estudantes abono das faltas nos dias de prova sem qualquer limitação, não podendo a Deliberação

76/77 restringir esse direito sob pena de violação ao princípio da reserva legal.

- As parcelas descontadas indevidamente do servidor em razão das faltas devem ser buscadas na via própria, sendo inadequada a via do mandado de segurança para o recebimento de parcelas pretéritas.

Sentença parcialmente reformada no reexame necessário. Recursos voluntários prejudicados.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.07.666382-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Ipsemg e 2º) Estado de Minas Gerais - Apelado: Jasmir Pereira Loiola Júnior - Autoridade coatora: Chefe da Divisão de Recursos Humanos do Ipsemg - Relatora: DES.ª HELOÍSA COMBAT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR EM PARTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2009. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Conheço do recurso, estando presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de sua admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário e apelações cíveis interpostas pelo Ipsemg e pelo Estado de Minas Gerais nos autos do mandado de segurança impetrado por Jasmir Pereira Loiola Júnior, que concedeu a segurança pleiteada para declarar, incidentalmente, a nulidade dos atos administrativos que limitaram o abono das faltas do autor ao número de quatorze, determinando que a autoridade impetrada abone as faltas decorrentes da realização de provas nos dias 17, 20, 21, 22 e 23 de novembro de 2006, inclusive para efeitos de avaliação de desempenho e que devolva ao impetrante o valor de R$ 102,77, corrigidos monetariamente desde abril de 2007 e acrescidos de juros de mora de 6% ao ano a partir da notificação.

A r. sentença fundamentou-se no art. 207, parágrafo único, da Lei 869/52, que permite ao funcionário estudante faltar ao serviço, sem prejuízo do vencimento, remuneração ou vantagens decorrentes do exercício, nos dias de prova do exame.

Embasou-se no fato de que a Deliberação 76, do Ipsemg, ao limitar o número de faltas para esse fim em 14, extrapolou os limites da regulamentação, restringindo direitos, quando a lei não o fez.

O autor impetrou o presente mandado de segurança com o objetivo de que seja decretada a nulidade dos efeitos da ilegalidade contidos na Deliberação 76/77, sendo desconsideradas as faltas do impetrante em virtude da realização de prova, especialmente para efeito de avaliação de desempenho, com a respectiva devolução dos valores que foram descontados no seu contracheque.

O ato apontado como abusivo e ilegal consiste na limitação pela Administração Pública do número de faltas a 14 por ano, com base no art. 2º da Deliberação 76, de 30.09.77, em resposta ao requerimento do impetrante de que lhe fosse concedido abono nos dias 06.11.06, 13.11.06, 21.11.06, 22.11.06, 23.11.06, 17.11.06 e 28.11.06.

O direito ao abono de provas está previsto no art. 207, *caput* e parágrafo único, da Lei 869/52, que estabelece:

> Ao funcionário estudante matriculado em estabelecimento de ensino será concedido, sempre que possível, horário especial de trabalho que possibilite a frequência regular às aulas.
> Parágrafo único. Ao funcionário estudante será permitido faltar ao serviço, sem prejuízo do vencimento, remuneração ou vantagens decorrentes do exercício, nos dias de prova ou de exame.

No âmbito do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, editou-se a Deliberação nº 76/77, regulamentando o horário de trabalho para os servidores do Ipsemg que têm jornada de trabalho regulamentada em lei.

A deliberação citada dispôs, no art. 1º, que:

> Ao servidor matriculado em curso de 1º e 2º graus, superior e profissionalizante oficialmente reconhecido, poderá ser estabelecido pela Administração horário de trabalho que possibilite a frequência às aulas, mediante comprovação trimestral de freqüência.

Especificamente sobre o abono de férias, estabeleceu no art. 2º que, "para as provas, serão concedidos 14 abonos anuais, além dos 6 previstos na RCD, de 29.11.62, mediante comprovação por atestado da Secretaria do Estabelecimento de Ensino".

Constata-se, assim, que a deliberação editada pelo Conselho Diretor do Ipsemg limitou os abonos de falta, previstos no Estatuto dos Servidores Estaduais Civis, ao número de 14, além de seis outros abonos previstos na RCD.

Observe-se que, no exercício do poder regulamentar que lhe cabia, a Deliberação 76/77 exorbitou de sua competência, limitando direito assegurado plenamente na lei estadual.

Registre-se que, na forma prevista na Lei 869/52, o abono de faltas para provas tinha aplicabilidade imediata, não necessitando de ato regulamentador para que produzisse seus efeitos.

Data venia, a deliberação não é ato normativo, não podendo restringir direitos expressamente criados por lei em sentido estrito.

A deliberação, sendo norma regulamentadora, não pode inovar ou modificar texto da lei, sob pena de violação ao princípio da reserva legal. E, no caso em comento, ao limitar direito, concedido sem qualquer restrição pela lei, houve violação ao princípio em questão.

A Lei 869/52 não deixou espaço para a limitação do número de abonos para prova, do que se infere que tal limite também não pode ser imposto pelo ato regulamentador.

A Administração Pública está estritamente vinculada ao princípio da legalidade, não podendo criar distinções onde a lei não o faz, do que resulta patente o direito do servidor civil estadual que seja também estudante de ter abonadas as faltas ocorridas em dias de prova, desde que estas estejam devidamente comprovadas.

No caso em comento, o impetrante juntou aos autos declaração firmada pela Secretária Acadêmica da PUC-MG, no sentido de ter comparecido às provas nos seguintes dias: 17, 20, 21, 22 e 23 de novembro de 2006 (f. 19 e 21).

Por conseguinte, tem direito ao abono da falta nos dias supracitados, em que compareceu à instituição de ensino para submeter-se às provas, sendo ilegais os descontos efetivados no seu contracheque a esse título.

Sobre o direito dos servidores públicos estaduais ao referido abono, já se manifestou este TJMG:

> Remessa oficial e apelação cível voluntária. Ação de mandado de segurança. Servidoras públicas estudantes. Falta ao trabalho no período de provas e exames em instituição de ensino onde estudam. Negativa de abono de falta. Lesão ao direito líquido e certo patenteada. Segurança concedida. Sentença confirmada.
> 1. A Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, por isso não pode criar distinções onde a lei não o faz.
> 2. A previsão na lei para considerar justificadas as ausências do servidor público estadual estudante, por motivo de realização de provas e exames escolares, é válida também para servidoras estaduais lotadas na área de educação.
> 3. Presentes os requisitos previstos na Lei Estadual nº 869, de 1952, e havendo recusa ao abono de falta às servidoras públicas estudantes, resta configurada a lesão ao direito líquido e certo. Nesse caso, confirma-se a sentença que concedeu a segurança.
> 4. Remessa oficial e apelação cível voluntária conhecidas.
> 5. Sentença confirmada em reexame necessário e prejudicado o recurso voluntário (Reexame Necessário nº 1.0686.05.151338-6/001 - Segunda Câmara Cível - Rel. Des. Caetano Levi Lopes - *DJ* de 15.12.06).

Faço pequena ressalva apenas quanto ao capítulo da sentença que determinou o pagamento da quantia de R$ 102,77, descontada do contracheque do autor, haja vista que o mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo da ação de cobrança, não podendo visar ao recebimento de parcelas pretéritas, devendo o autor se valer da via própria para esse fim.

Isso posto, no reexame necessário, reformo em parte a r. sentença, apenas para excluir a condenação do impetrado a restituir o impetrante a quantia de R$ 102,77, ficando prejudicados os apelos voluntários.

Sem custas e honorários.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALVIM SOARES e EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

Súmula - REFORMARAM EM PARTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

...

Indenização - Lesões físicas - Acidente no interior de estabelecimento de ensino - Dever de guarda e vigilância - Omissão - *Culpa in vigilando* - Entidade privada prestadora de serviço público - Danos morais - Reparação devida

Ementa: Apelação cível. Indenização. Lesões físicas por acidente no interior de estabelecimento de ensino. Omissão no dever de guarda e vigilância. Culpa *in vigilando*. Entidade privada prestadora de serviço público. Danos morais. Reparação devida. Recurso provido.

- Tratando-se ato omissivo praticado por entidade privada, deve-se aplicar a mesma regra da responsabilidade subjetiva adotada no âmbito das entidades públicas e privadas prestadoras de serviços públicos, conforme vem entendendo a maioria doutrinária e jurisprudencial.

- A obrigação de indenizar surge de uma conduta capaz e suficiente de produzir o evento danoso.

- Incorre em culpa *in vigilando* a instituição de ensino que se omite no seu dever de ampla proteção do menor colocado sob sua responsabilidade e que vem a sofrer lesões físicas no interior de suas dependências por ausência de acompanhamento de um responsável.

- Nos termos do art. 333, II, do CPC, o ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

- Aplicam-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aferição do *quantum* reparatório somado às condições pessoais da vítima e às próprias circunstâncias do dano gerado para se alcançar o desejado cunho compensatório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.673199-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: S.L.F.M., representada por sua mãe S.L.F.M. - Apelado: C.F.C.M. - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de janeiro de 2009. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Conheço do recurso, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso interposto por S.L.F.M., representada por S.L.F.M., contra a sentença de f. 70/73, que julgou improcedente o pedido indenizatório formulado nos autos da ação de indenização por danos morais proposta em face de C.F.C.M. e, por via de consequência, condenou-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade restou suspensa em razão da gratuidade da justiça.

Alega a apelante, em síntese, que a sentença de primeira instância deve ser reformada, visto que restou claramente demonstrado que a lesão sofrida ocorreu no interior do estabelecimento de ensino, quando caiu em um tablado de ferro, localizado no banheiro, e, ao contrário do que entendeu o Julgador, pelas fotos acostadas aos autos, não é possível afirmar a inexistência de extremidade pontiaguda, e não foi sequer noticiada a inexistência de qualquer outro incidente no local a descaracterizar a periculosidade do objeto.

No mais, alega que o Juiz não observou a relação travada entre a aluna e a instituição de ensino, a qual tem ampla responsabilidade na prestação de serviços, inclusive pela integridade física de seus alunos durante a permanência nas dependências da escola; e, tendo a apelada se descuidado do seu dever de vigilância, bem como restando patente o nexo de causalidade, impõe-se sua obrigação de indenizar os danos suportados.

Nada obstante, a conclusão alcançada pelo Julgador monocrático, bem como a incansável defesa da apelada no sentido de que todos os fatos narrados na inicial são inverídicos, uma vez que não se comprovou qualquer ação ou omissão de sua parte que pudesse implicar o dever de indenização, tenho que, pelas circunstâncias e peculiaridades que permeiam o presente caso, maior razão assiste à apelante. Faço neste momento a análise do caso.

Noticiam os autos que a apelante, no dia 29.03.2007, por volta das 16h15, se acidentou nas dependências da apelada, onde se encontrava em razão de suas aulas, conforme diariamente ocorria desde 1º de agosto de 2006, quando foi matriculada.

Vale dizer, conforme se observa dos fatos narrados nos autos e documentos juntados pelas partes, impõe-se reconhecer de maneira incontroversa (f. 20 e 23) que a apelante, ao solicitar para ir ao banheiro, não teve o devido acompanhamento de qualquer monitor responsável:

> [...] já próximo do término das aulas, a autora pediu para ir ao banheiro, que fica próximo à sua sala de aula, dentro das mesmas instalações. Pegou o crachá e foi ao banheiro. Ao retornar, sua coleguinha N. disse que a autora havia caído com o 'bumbum' no chão.
>
> Uma criança de 4 (quatro) anos tem plenas condições de ir ao banheiro sozinha. Faz parte, inclusive, do seu desenvolvimento psicopedagógico.

Noutras palavras, trata-se de uma menor que à época contava com pouco mais de quatro anos de idade e que certamente demanda todo cuidado e acompanhamento de um responsável, o que definitivamente não houve no dia dos fatos.

E igualmente incontroverso restou o fato de que a menor caiu no banheiro, localizado no interior da instituição de ensino, cuja informação nem sequer veio da apelante, mas sim de uma "coleguinha" de nome N.

Ou seja, não se mostra admissível a alegação da apelada de que a professora teria examinado a menor posteriormente e "nada constatou", porquanto se evidenciou a realização de uma análise superficial na roupa da criança, presumindo-se que nada teria acontecido pelo fato de a apelante não ter chorado.

Ora, trata-se uma criança de tenra idade, não se podendo exigir qualquer tipo de comportamento padrão, que teria, por exemplo, um adulto diante de uma lesão sofrida, principalmente em área tão sensível do corpo, considerando-se ainda o fato de estar fora de casa e longe de sua família.

E, a partir disso, é que serão extraídos os fatos que vão implicar a responsabilização ou não da apelada pelo evento lesivo ao qual se sujeitou a apelante.

Ora, não há como afastar da espécie o Código de Defesa do Consumidor, porquanto a relação estabelecida entre as partes se amolda às hipóteses nele regulamentadas, e até se poderia falar em responsabilidade civil objetiva.

Vale dizer, a responsabilidade será evidenciada sempre que um ato comissivo ou omissivo for praticado

por quem tem uma obrigação e, em decorrência dela, viola o direito de outrem.

Assim, verifica-se a existência de diversas áreas de responsabilidade.

A responsabilidade civil decorre de prejuízos materiais ou morais causados a alguém e soluciona-se pela reparação do dano, usualmente mediante indenização pecuniária.

Tratando-se de responsabilidade objetiva, esta se relaciona à necessidade de reparar o dano, comprovado apenas pelo nexo causal entre a ação ou omissão, referente a uma obrigação; e o dano produzido a alguém, excluindo-se, portanto, qualquer discussão relativa à culpa como requisito.

E isso é o que se infere do preceptivo disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, denotando a preocupação do legislador ordinário com a máxima amplitude de proteção ao consumidor, considerado hipossuficiente.

De fato, a responsabilidade objetiva, no âmbito das relações consumeristas, implica importante instrumento de defesa dos reconhecidamente mais vulneráveis, mas isso não significa que sua utilização deva ser indiscriminada, mormente a disponibilização de um outro instrumento igualmente relevante, o da inversão do ônus probatório (art. 6º, VII, da Lei nº 8.078, de 1990).

Ora, o próprio legislador possibilitou a flexibilização do rigor imposto pela responsabilidade civil objetiva para o caso de prática de atos omissivos, em que se mostra mais razoável ser aferida no campo da culpa.

Dadas essas considerações, tenho que o caso em tela vai implicar uma análise específica acerca da aplicação da responsabilização civil, haja vista referir-se a um ato omissivo, e não comissivo.

Dessarte, tenho que se deve aplicar o mesmo entendimento que vem sendo adotado pela esmagadora maioria doutrinária e jurisprudencial, no âmbito das entidades públicas, ou seja, responsabilidade subjetiva, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 672).

O supracitado autor é seguido de perto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho, defendendo seu entendimento através da distinção entre causa e condição e na preexistência de um dever legal de atuação que foi omitido pelo agente, à similitude da omissão qualificada ou imprópria do art. 13, § 2º, do Código Penal Brasileiro:

> [...] há previsão de responsabilidade objetiva do Estado, mas, para que ocorra, cumpre que os danos ensejadores da reparação hajam sido causados por agentes públicos. Se não foram eles os causadores, se incorreram em omissão e adveio dano para terceiros, a causa é outra; não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou. Donde não há cogitar, neste caso, responsabilidade objetiva [...]. A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou *faute de service* dos franceses, entre nós traduzida por 'falta do serviço' (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. *Revista dos Tribunais*, v. 552, p. 13).

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência:

> Ação indenizatória. Dano moral. Redução do valor fixado. Incidência da Súmula 7/STJ na hipótese. Precedentes. Estabelecimento escolar. Aluno. Falecimento. Menor atingida por bala perdida. Responsabilidade subjetiva do Estado. Omissão. Dever de vigilância. Nexo causal presente.
> I - [...]
> II - O nexo causal, *in casu*, se verifica porque o Município tem o dever de guarda e vigilância, sendo responsável pelo estabelecimento escolar, que, por sua vez, deve velar por seus alunos: '[...] o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física [...]' (RE nº 109.615-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 02.08.96).
> III - Presentes os pressupostos da responsabilidade subjetiva do Estado. Precedente análogo: REsp nº 819789/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* de 25.05.2006.
> IV - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido (REsp nº 893441, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* de 08.03.2007).

Ora, se no âmbito do Estado, onde a aplicação da responsabilidade civil é infinitamente mais ampla a teor, inclusive, do próprio comando constitucional disposto no art. 37, § 6º, doutrina e jurisprudência majoritárias atenuam o rigor da objetividade, para considerar 'subjetiva' a responsabilidade quando praticado ato omissivo, com maior razão ainda deverá sê-lo no âmbito da iniciativa privada.

Penso que a solução estabelecida pelo legislador ordinário para a responsabilização daquele que pratica um ato e, conseqüentemente, causa um dano a terceiro não pode ser tratada de maneira indiscriminada e objetivamente em quaisquer circunstâncias, sob pena de não se estar prestando a efetiva jurisdição com a necessária observância da melhor justiça.

O comando constitucional extraído do art. 5º, incisos XXXV e LV, impondo-se a contextualização da matéria em cada caso concreto, dadas as suas particularidades, o que somente será possível se ela for situada num sistema, que, nas palavras de Francisco Amaral, significa 'um conjunto unitário e coerente de elementos harmonicamente conjugados, com relações de subordinação e coordenação entre si' (AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 39).

Cabe por oportuno citar o ilustre constitucionalista argentino Prof. Linares Quintana, quando discorre sobre a interpretação, a construção e a integração do direito constitucional, com base na opinião de Rafael Bielsa:

> A Constituição tem um fim ou fins. A apreciação dos fins implica a opção por um método teleológico, e não positivo e lógico-formal, já que, quando o juiz julga, não se limita a um exercício de lógica formal [...]. O juiz examina o valor da norma ou do princípio constitucional. Esta apreciação intelectual, pela qual o administrador e o juiz decidem visando ao fim, consiste precisamente no emprego do método teleológico, cuja virtude é maior no direito público, segundo se viu no próprio ensaio de vários anos da Constituição alemã [...]. O juiz que julga, apoiado no método teleológico, [...] pode apreciar o elemento político, mas não no sentido com que o faria o legislador, mas com referência à Constituição ou norma fundamental. E somente assim pode livrar-se o juiz de invadir a órbita reservada ao legislador e ao mesmo tempo manter o princípio da separação dos Poderes (QUINTANA, Segundo Linares. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. 1953, v. 2, p. 425-468).

Vale dizer, é óbvio que não se deva adotar um único método de interpretação, mas o conteúdo teleológico deverá estar sempre presente, como forma de alcançar a melhor justiça tuteladora dos direitos das partes litigantes, bem como a efetividade dos valores éticos constitucionalmente garantidos.

Assim, uma coisa é a conduta ativa e voluntária da parte que pratica determinado ato, ou seja, um agir para o evento danoso; e nessas circunstâncias tenho que andou bem o legislador em tratar a responsabilidade objetiva; porém, outra coisa é a conduta omissiva da parte, que não agiu para a ocorrência do evento que culminou com um dano.

Nesse caso específico, deve ser aferida a culpa da parte que não agiu e até que ponto deveria ter agido para evitar o dano produzido.

Vale dizer, no momento em que se disponibiliza um instrumento do porte da responsabilidade objetiva no âmbito dos atos omissivos, deflagra-se certa incoerência com o próprio significado de justiça, mormente autorizar o julgador a decidir uma lide sem qualquer preocupação em aferir a verdade ou as peculiaridades dos fatos permeadores do evento danoso que, embora não possa ser afastado pelas excludentes da responsabilidade, poderia ter uma explicação razoavelmente aceitável.

Ademais, tem-se que são apenas três as excludentes da responsabilidade objetiva: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Buscar a solução de um problema, amparado exclusivamente num comando legal ou constitucional, isolado de todo o sistema que o envolve, parece-me, sobretudo, uma opção simplista em detrimento da verdade; portanto, em se tratando de atos omissivos, não se pode admitir o mesmo tratamento deferido aos atos comissivos, conforme já foi reconhecido no âmbito do direito público, devendo-se superar e evitar antinomias no tratamento da matéria, a fim de que sejam atingidas as metas características do Estado Democrático de Direito e realizada a pacificação social.

Nesse sentido, aferindo-se o mérito, ao contrário do que entendeu o Juiz primevo, existem fatos e elementos que, ao serem confrontados com a tese de defesa, impõem reconhecer que, em verdade, a apelada se desincumbiu de seu ônus de demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da apelante.

Os documentos acostados às f. 52/57 pela própria apelada de fato evidenciam a existência de um "tablado de ferro" embaixo do lavabo para dar acesso aos menores que se utilizam do banheiro, o que enseja reconhecer que a lesão física sofrida pela apelante de fato teve nele sua origem.

Ora, ainda que o referido tablado tenha sido confeccionado com várias barras roliças, não apresentando, em princípio, qualquer parte pontiaguda, mostra-se visível a existência de quinas na moldura que contornam as mencionadas barras.

Logo, confrontando o fato incontroverso da queda no banheiro com a lesão na região da vagina da apelante (f. 14), imperioso reconhecer que houve um contato corporal com algum objeto existente no local da queda, levando-se à única conclusão possível de que tal objeto seria o aludido "tablado de ferro".

Ademais, pelo exame de corpo de delito efetuado na apelante e acostado à f. 14, extrai-se de maneira inequívoca que houve uma "pequena escoriação linear na região da fúrcula vaginal de aproximadamente meio centímetro.

Ou seja, não se pode presumir que a lesão teria ocorrido por meio de um objeto pontiagudo, como entendeu o Julgador monocrático, mas, ao contrário, tudo indica que houve um choque numa "quina", abrindo-se um corte linear.

Considerando a incontroversa existência da queda da menor no banheiro, bem como o fato de encontrar-se sem o auxílio de um adulto sequer naquele momento, não há como afastar o nexo de causalidade entre a lesão sofrida e evento no interior da apelante.

Portanto, ao contrário do que entendeu o Julgador monocrático, ainda que nunca tenha ocorrido um incidente dessa natureza nas dependências da apelada, tal fato não é capaz de afastar a periculosidade do objeto instalado no banheiro.

Lado outro, mesmo que a genitora da apelante tenha tido prévio conhecimento das suas instalações ao efetuar a matrícula de sua filha, tal fato não tem o condão de afastar a responsabilidade da apelada pelo cuidado e vigilância dos menores deixados sob sua guarda.

Ainda que se pudesse falar na bipolarização do ônus probatório ante a especificidade do caso apresentado, competia à apelada demonstrar inequivocamente que não agiu de maneira negligente ou imprudente.

Todos os fatos apontam para a ocorrência de um acidente no interior da apelada, por razões únicas e exclusivas de sua falta no dever de vigilância com os internos.

As peculiaridades apresentadas são suficientes para ensejar a responsabilização da apelada, a qual, repita-se, assume irrefutavelmente uma obrigação de guarda e vigilância com seus internos, subsumindo-se o seu comportamento ao disposto nos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002.

Ou seja, a apelada incorreu em culpa *in vigilando*, quando se omitiu no seu dever de ampla proteção da menor, verificando-se, ainda, que, mesmo fazendo parte de sua linha psicopedagógica dar maior flexibilidade e autonomia de movimentação às crianças no interior de suas dependências, é óbvio que todos os seus passos devem ser constantemente monitorados.

Assim, tenho que as alegações formuladas pela apelada não são capazes de alcançá-la para retirar o nexo de causalidade entre o seu comportamento omissivo e o dano causado, ou mesmo a sua culpa, porquanto inexistem nos autos quaisquer demonstrações em sentido contrário.

Ora, a matéria que se evidencia no caso em tela se enquadra naquelas cuja exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com o preenchimento dos requisitos exigidos pelos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002.

Os danos morais, na definição do ilustre civilista Carlos Alberto Bittar, caracterizam-se por:

> [...] lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade. Em razão de investidas injustas de outrem. São aquelas que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas (BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. *Revista do Advogado/AASP*. nº 44, p. 24, 1994).

E foi exatamente esse bem jurídico imaterial, como um complexo estruturado nos sentimentos, na dignidade e na honradez, que veio a ser injustamente violado pela apelada.

No mais, quando se fala em direitos da personalidade, desnecessárias se mostram maiores demonstrações da repercussão do gravame sofrido, contentando-se com o próprio ato em si.

Caracterizado, pois, está o legítimo interesse da apelante, observando-se que o Código Civil de 2002, ao tratar dos atos ilícitos como geradores de obrigações, no art. 186, fixou a obrigação de reparar o dano por aquele que, em razão de ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, viola direito, ou causa prejuízo a outrem.

Vale dizer, o dano moral caracteriza-se por uma lesão à dignidade da pessoa humana, ou seja, um dano extrapatrimonial que atinge os direitos da personalidade, violando os substratos principiológicos da liberdade, integridade psicofísica, igualdade e solidariedade.

Dessa forma, o dano moral enseja uma reparação com natureza eminentemente compensatória, amenizante dos efeitos sofridos pela lesão causada.

Extraindo-se a ideia de culpabilidade como atributiva do aumento do *quantum* reparatório, o que levaria a um inexorável paradoxo em relação aos próprios fundamentos da atual responsabilidade civil, que convergem integralmente a sua lógica à vítima, ao credor da dívida, à satisfação do dano injusto, e baseando-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, certamente se alcançará a adequação desejada no arbitramento.

Conforme leciona a eminente Doutora Maria Celina Bodin de Moraes:

> Se se admite, todavia, que a plena satisfação da vítima somente ocorrerá com a punição do ofensor, perde-se novamente o foco da responsabilidade (como reparação), e se volta à seara da retribuição - no caso, da retribuição do mal com o mal, a retaliação, incivilidade que nos orgulhamos de ter superado (*Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55).

Assim, para a aferição do valor a ser arbitrado, deve-se utilizar dos mesmos critérios adotados para se aferir a indenização patrimonial, considerando-se as condições únicas e exclusivas da vítima e as elementares bases principiológicas.

Ora, pelo princípio da razoabilidade, deve-se observar a mister congruência lógica entre a situação posta e os atos praticados pela ofensora, tendo em vista os fins reparatórios a que se destina; pelo princípio da proporcionalidade, deve-se ponderar uma adequada condenação, a necessidade da medida e a proporcionalidade propriamente dita.

E, considerando todas essas peculiaridades, tenho por bem fixar o valor da reparação, a título de danos morais, no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), o qual se enquadra nos exatos parâmetros impeditivos de caracterizar o enriquecimento ilícito da parte favorecida, preservando a adequação que o caso concreto exige, estando, pois, arbitrado integralmente, subsumido nos *standards* da aceitabilidade.

Diante do exposto, com base no art. 93, IX, da Constituição da República e no art. 131 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, reformando a r. sentença de primeira instância para condenar a apelada ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, corrigidos monetariamente a partir da publicação do acórdão e acrescidos de juros legais de 1% ao mês desde o evento danoso; e, por via de consequência, condeno a apelada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que ora fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Custas recursais, pela apelada.

DES. DUARTE DE PAULA - Apesar de menor e com 4 anos de idade, a autora foi lesada em parte íntima

(vagina) e, mesmo que não possua pleno desenvolvimento psíquico, teve sua integridade lesada, sofrendo as consequências e exames de corpo delito e da própria repercussão que o acidente trouxe para seu social, principalmente na escola, fatos que haverão de marcar a sua história de vida, mesmo no futuro.

Trata-se, no caso, de responsabilidade objetiva, e não há provas nos autos que isentem ou excluam a responsabilidade do educandário que negligenciou na guarda e custódia da infante lesada.

Com esses adminículos, estou a acompanhar o Relator.

DES.ª SELMA MARQUES - Estou acompanhando Vossas Excelências.

DES. DUARTE DE PAULA - Acrescente-se, nas disposições finais do voto do Relator Des. Marcelo Rodrigues, a sugestão da Des.ª Selma, para que seja o valor custodiado em conta judicial, autorizada a movimentação mediante prévia autorização judicial ou com a maioridade.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Mandado de segurança - Profissional liberal - Advogado - ISS - Incidência - Art. 9º do Decreto-lei 406/68 - Aplicabilidade

Ementa: Apelação cível. Mandado de segurança. Profissional liberal. Advogado. ISS. Incidência.

- Extrai-se do Decreto-lei nº 406/68, art. 9º, § 1º, que, em se tratando de prestação de serviços, sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte ou prestado em associação de esforços, prevalece a proibição de se eleger o preço do serviço como base imponível.

Apelação provida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.972269-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: J Assis Silva Advogados Associados - Apelado: Município de Belo Horizonte - Autoridade coatora: Secretário Municipal de Finanças de Belo Horizonte - Relator: DES. NILSON REIS

Acórdão

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

Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2009. - *Nilson Reis* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Júlio Maciel Pereira.

DES. NILSON REIS - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de f. 149/151, que, nos autos do mandado de segurança, impetrado por J Assis Silva Advogados Associados, em face do Município de Belo Horizonte, denegou a segurança.

Inconformado, o impetrante interpôs recurso de f. 158/171, alegando que os serviços prestados pela Sociedade de Advogados devem ter o ISSQN cobrado na forma do art. 9º do Decreto-lei 406/68.

O apelado apresentou contrarrazões, f. 174/188, pugnando pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 194/198, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório. Decido.

Versam os autos sobre mandado de segurança impetrado pelo apelante em face da Fazenda Pública do Município do Belo Horizonte, que visa à abstenção da cobrança do ISSQN referente aos serviços advocatícios que prestam. A segurança foi denegada pela r. sentença de f. 149/151.

No caso, exigir o pagamento do ISSQN de pessoa física e da sociedade à qual o profissional pertence, ao mesmo tempo, é incorrer no vedado *bis in idem*, uma vez que o fato gerador é um só e se consubstancia na prestação pessoal de serviços do profissional legalmente habilitado.

É que o Decreto-lei nº 406/68 estendeu para determinadas sociedades, ditas profissionais, o mesmo critério de incidência do imposto aplicável aos profissionais autônomos. Daí que, recolhido o ISS pela sociedade na forma fixa e proporcional ao número de sócios, não há falar em cobrança desse mesmo tributo sobre eventuais serviços prestados.

Os profissionais, conquanto integrantes da empresa, devem ser considerados individualmente. Os motivos que levaram o legislador federal a assim proceder são facilmente perceptíveis. O art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68 modifica a base de cálculo, porque, caso fosse o ISS calculado sobre o valor do serviço, corresponderia a um *bis in idem* com o imposto sobre a renda.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, sufragou a tese de que as sociedades profissionais têm direito ao privilégio de que trata o art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68: REsp 3.664/PB - 2ª

Turma - Relator Ministro Vicente Cernicchiaro (*DJ* de 09.10.90); REsp 3.356/PB - 1ª Turma - Relator Ministro Gomes de Barros (*DJ* de 20.04.92).

Nesse sentido, decidiu também este egrégio Tribunal de Justiça: Apelação Cível nº 86.538/4 - Quarta Câmara Cível - Relator Desembargador Monteiro de Barros; Apelação Cível nº 10.005/7 - Terceira Câmara Cível - Relator Desembargador Lúcio Urbano.

Portanto, a meu sentir, a sentença merece ser reformada, porquanto se aplica ao caso o Decreto-lei 406/68, por se tratar de profissionais liberais, e não de sociedade empresarial, devendo o imposto ser cobrado sobre o número de profissionais habilitados integrante da sociedade impetrante.

Assim sendo, com esses fundamentos, dou provimento ao recurso, determinando à autoridade coatora que faça a cobrança nos termos do art. 9º do Decreto-lei 406/68.

Custas, *ex lege*.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - De acordo.

DES. RONEY OLIVEIRA - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Direito processual civil - Execução de título judicial - Obrigação de fazer - Intimação pessoal - Obrigatoriedade - Inobservância - *Astreinte* - Valor elevado - Desconstituição do julgado

Ementa: Direito processual civil. Execução de título judicial. Obrigação de fazer. Intimação pessoal. Multa por inadimplemento de decisão judicial. Ônus excessivo.

- A parte a quem se destina a ordem de fazer ou não fazer deve ser pessoalmente intimada da decisão cominatória, especialmente quando há fixação de *astreintes*.

- Embora a *astreinte* deva ser expressiva, a ponto de coagir o devedor a cumprir o preceito, não pode configurar-se como ônus excessivo, sob pena de se estar olvidando com isso as noções de equidade que devem pautar as decisões judiciais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.03.999610-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Elo Engenharia Empreendimentos Ltda. - Agravada: Lourdes Bomtempo de Mendonça - Relator: DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2009. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela agravada, o Dr. Márcio Penido Campos.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

A agravada (autora) ajuizou ação ordinária de obrigação de fazer - outorga compulsória de escritura, liberação de hipoteca em face da agravante (ré) (f. 12/22-TJ).

A sentença julgou procedente em parte o pedido formulado pela autora para:

> [...] a) determinar a inscrição do contrato de promessa de compra e venda celebrado entre Lourdes Bomtempo de Mendonça e Elo Engenharia e Empreendimentos Ltda. no Cartório de Registro de Imóveis, devendo, para tanto, ser expedido o competente mandado; b) condenar a ré a outorgar à autora, no prazo máximo de 20 (vinte) dias após o trânsito em julgado desta sentença, escritura definitiva de transferência do imóvel objeto da ação e, concomitantemente, promover a liberação da hipoteca, mediante pagamento ao credor hipotecário ou substituição do gravame por bens livres e desembaraçados de sua propriedade; c) fixar multa diária no valor de R$ 700,00 (setecentos reais) para o caso de descumprimento do previsto no item b [...] (f. 72-TJ).

A agravada requereu execução de título judicial em 20 de fevereiro de 2003, objetivando o cumprimento da condenação imposta à agravante na sentença de f. 67/73-TJ, mantida pelo acórdão de f. 74/82-TJ.

Determinada a citação para a execução (f. 103-TJ), em 19 de maio de 2003, o oficial de justiça certificou às f. 104-TJ (f. 515 dos autos originais) que

> [...] Citei a empresa Elo Engenharia e Empreendimentos Ltda. na pessoa do seu representante legal Sr. Jarder Paulo Fonseca, CI nº M900038, com todas as formalidades legais, sendo que o mesmo tomou conhecimento de todo o teor deste instrumento e suas conseqüências supervenientes, recebendo a contrafé e as cópias que a integram, opondo o seu respectivo ciente [...].

A agravada, às f. 105/106-TJ, manifestou-se nos seguintes termos:

> [...] verifica-se que a executada foi devidamente citada dos termos da execução de obrigação de fazer, fundamentada em título judicial, mas, no

entanto, até a presente data não foi cumprida a sua obrigação. Com efeito, V. Exa., ao determinar a citação da executada, não determinou um prazo para o cumprimento da obrigação imputada à executada em decorrência da sentença, determinando apenas a citação. [...] *Ex positis*, a exeqüente vem requerer a V. Exa. seja determinado um prazo para que a executada cumpra a sua obrigação, nos termos da exordial da presente execução, sob pena de multa a ser fixada por este Juízo, requerendo, outrossim, a devida intimação da executada acerca do prazo fixado, bem como multa para o caso do não cumprimento.

O MM. Juiz de Direito, à f. 107-TJ, determinou:

Intime-se pessoalmente o executado, a fim de que no prazo de 15 dias, proceda à outorga da escritura definitiva do bem em questão a favor do exeqüente, bem como promova a liberação da hipoteca sobre o mesmo, ou pague ao seu credor hipotecário - Cia. Real de Crédito Imobiliário -, ou substitua o gravame por bens livres e desembaraçados de sua propriedade. Mantenho a multa de R$ 700,00, fixada em sentença, para cada dia de atraso.

A executada (agravante) não foi intimada pessoalmente, conforme certidão de f. 111-TJ.

O MM. Juiz de Direito, à f. 142-TJ, consignou:

A executada foi citada para a execução, como se observa à f. 515 dos autos da ação principal em apenso, em data de 19.05.03, quedando-se inerte quanto ao cumprimento da sentença, sujeitando-se ao pagamento da multa cominada. [...] Sendo assim, intime-se a executada, na pessoa de seu advogado, para que efetue o pagamento do débito, no prazo de quinze dias, sob pena de multa de 10% sobre o valor do débito.

A agravante opôs exceção de pré-executividade, alegando nulidade da execução para o recebimento de multa, uma vez que não foi devidamente intimada na pessoa de seus representantes legais para cumprir a obrigação pretendida (f. 145-TJ).

O MM. Juiz de Direito, às f. 161/162-TJ, decidiu:

[...] No caso dos autos, o título é formalmente perfeito, sendo que a discussão trazida pela executada nada mais é que a simples oposição do devedor por nulidade de citação da executada, para o cumprimento da sentença, que, *data maxima venia*, não é defeito extrínseco ao próprio título. Ademais, estas alegações poderiam ser reconhecidas mediante impugnação à execução, nos termos do inciso I do art. 475-L do CPC, extrapolando, portanto, os limites da exceção de pré-executividade, sendo mister, no caso, a garantia do Juízo. Isto posto, rejeito a exceção de pré-executividade (f. 114/115 dos autos originais).

A agravante alega que,

[...] por não ter sido fixado prazo para o cumprimento da obrigação, bem como por não ser a pessoa citada nos termos da certidão de f. 515 representante legal da agravante, alternativa não resta senão a de que não cuidou a agravada de promover a citação da agravante, frise-se através de seus representantes legais, para cumprir a obrigação imposta na r. sentença, pelo que nula é a presente execução proposta única e exclusivamente para recebimento da multa ali prevista (f. 09-TJ, sic).

Ao final, pede pelo provimento do recurso, para que

[...] cassada seja a decisão de f. 114/115, declarando nula a execução da multa prevista por descumprimento da condenação, tendo em vista o fato de que não houve citação válida da mencionada decisão (f. 11-TJ).

Inicialmente cumpre ressaltar o cabimento da exceção de pré-executividade.

A exceção de pré-executividade é a medida oposta pelo réu, no processo de execução, com objetivo de arguir questões suscetíveis de conhecimento de ofício, como no caso de nulidade manifesta ou no caso de ausência de pressupostos formais à constituição válida ou prosseguimento regular do processo.

É a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A objeção de pré-executividade pressupõe que o vício seja aferível de plano e que se trate de matéria ligada à admissibilidade da execução, e seja, portanto, conhecível de ofício e a qualquer tempo (STJ - 4ª Turma - REsp 221.202/MT - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo - j. em 09.10.01 - não conheceram - v.u. - *DJU* de 04.02.02, p. 370).

Processual civil. Recurso especial. Execução fiscal (Lei nº 6.830/80, art. 16, § 3º). Exceção de pré-executividade. Argüição de prescrição intercorrente. Possibilidade.
1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, aos pressupostos processuais e às condições da ação executiva.
2. O espectro das matérias suscitáveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a argüição de prescrição e de ilegitimidade passiva do executado, desde que não demande dilação probatória (exceção *secundum eventus probationis*).
3. A prescrição, por ser causa extintiva do direito do exeqüente, é passível de ser veiculada em exceção de pré-executividade (Precedentes: EREsp 614272/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 06.06.05; EREsp 388000/RS, Corte Especial, Rel. para o acórdão Min. José Delgado, *DJ* de 28.11.05) [...] (AgRg no REsp 1070833/RS - Rel. Min. Luiz Fux - 1ª Turma - j. em 25.11.08 - *DJe* de 15.12.08).

Assim, é possível a discussão, por meio de exceção de pré-executividade, sobre a nulidade do processo executivo por ausência de indispensável intimação pessoal do devedor, pois se trata de pressuposto formal à constituição válida do processo, e, assim, matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício pelo juiz a qualquer tempo e grau de jurisdição.

No caso, a sentença condenatória impôs obrigação de fazer com estipulação de multa cominatória em caso de descumprimento. A sentença transitou em julgado.

Todavia, apesar de determinada a intimação pessoal do executado (agravante), a diligência não ocorreu, conforme certidão de f. 111-TJ. É certo que a intimação ocorreu, tão somente, por publicação na pessoa dos advogados.

A parte a quem se destina a ordem de fazer ou não fazer deve ser pessoalmente intimada da decisão cominatória, especialmente quando há fixação de *astreintes*.

Isso porque a pessoa obrigada pelo comando judicial é diversa do seu procurador, não bastando a simples intimação pelo *Diário Oficial* ou a intimação efetivada em terceira pessoa que não seja o representante da empresa, como ocorreu no presente caso.

Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, em nota ao art. 461 do Código de Processo Civil, destacam:

> Art. 461: 8b. Termo *a quo* da multa. Para que a multa coercitiva passe a incidir, é preciso que a respectiva decisão esteja com a eficácia liberada, que tenha transcorrido o prazo assinado para o cumprimento do dever imposto e que o devedor tenha sido pessoalmente intimado a seu respeito [...].

E concluem:

> Para fins de caracterizar a incidência das *astreintes*, é necessária a intimação pessoal do devedor, visando ao cumprimento do acórdão, ainda que a decisão tenha sido publicada no *Diário da Justiça* (RDDP 55/161) (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 561).

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Processo civil. Agravo no recurso especial. Execução de *astreintes*. Inscrição do nome do devedor em cadastro de inadimplentes. Multa diária. Obrigação de fazer. Intimação pessoal. Necessidade. - A parte a quem se destina a ordem de fazer ou não fazer deve ser pessoalmente intimada da decisão cominatória, especialmente quando há fixação de *astreintes*. Precedentes. Agravo no recurso especial improvido (AgRg no REsp 993.209/SE - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - 3ª Turma - j. em 18.03.08 - *DJe* de 04.04.08 - *REPDJe* de 12.05.08).

A falta de intimação pessoal da parte para cumprir a obrigação de fazer é causa de nulidade do procedimento de execução da sentença.

Ademais, embora a *astreinte* deva ser expressiva, a ponto de coagir o devedor a cumprir o preceito, não pode configurar-se como ônus excessivo, sob pena de se estar olvidando, com isso, as noções de equidade, que devem pautar as decisões judiciais (*JTJ* 260/321 - NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *op.cit*. art. 461, 7c, p. 561).

A multa tem a finalidade de impor o cumprimento da obrigação determinada em sentença, e não de gerar enriquecimento ilícito, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No caso dos autos, o valor pretendido a título de multa pela agravada (exequente) perfaz o montante de R$ 1.117.200,00 (um milhão cento e dezessete mil e duzentos reais) (f. 141-TJ). Cumpre ressaltar que a agravada propôs a execução para recebimento da multa sem instaurar o processo de liquidação para a apuração da quantia devida. O valor excessivo da multa perdeu o caráter inibitório passando a ser um meio através do qual se faz fortuna.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> Processual civil. Execução. Obrigação de fazer. Multa por descumprimento de decisão judicial. Excesso. Redução. A multa pelo descumprimento de decisão judicial não pode ensejar o enriquecimento sem causa da parte a quem favorece, como no caso, devendo ser reduzida a patamares razoáveis. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido (REsp 793.491/RN - Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha - 4ª Turma - j. em 26.09.2006 - *DJ* de 06.11.06, p. 337).

É a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. Obrigação de fazer. Multa diária. Valor. Razoabilidade e proporcionalidade. Vedação de enriquecimento sem causa. - A multa estabelecida para o descumprimento de obrigação de fazer deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e ser compatível com a obrigação determinada, sob pena de constituir fonte de enriquecimento sem causa (Agravo de Instrumento nº 1.0024.08.996223-7/001 - Rel. Des. Pedro Bernardes - j. em 09.09.08 - pub. em 13.10.08).

> Processo civil. Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Impugnação. *Astreinte*. Valor excessivo. Limitação de ofício. - A multa cominatória tem por objeto compelir e ensejar que o executado cumpra voluntariamente com a condenação, não podendo ser instrumento de enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. A multa cominatória pode ser modificada de ofício se configurar, a qualquer momento, ônus excessivo ao devedor e, mostrando-se desproporcional à obrigação principal, gerando ao credor locupletamento indevido (Agravo de Instrumento nº 1.0145.08.439019-7/001 - Rel. Des. Fernando Caldeira Brant - j. em 19.11.08 - pub. em 1º.12.08).

O descumprimento da decisão judicial abre ensejo para a execução da multa, na forma do art. 644 do Código de Processo Civil.

Para execução da multa, faz-se indispensável prévia liquidação, conforme entendimento adotado por esta 12ª Câmara Cível no julgamento do recurso de Agravo de Instrumento nº 1.0040.03.014209-1/001, em 26.10.05.

> Em tema de procedimento da execução mediante coerção patrimonial, básico se afigura o entendimento do modelo traçado pelos arts. 644 e 645 do CPC. Extinto o rito da tradicional ação cominatória, eles alteraram a forma de aplicação do preceito (ordem, monitório, mandado). Na novel sistemática, a pressão psicológica sobre o devedor, derivada da *astreinte,* ocorrerá depois do provimento judicial (sentença ou decisão liminar, *ex vi* do art. 461, § 3º) e após exaurido o prazo de cumprimento (ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 423).

> A exigência da multa se dá por meio do procedimento de execução por quantia certa. Como a sentença que a institui é apenas genérica e subordinada a condição, tem o credor de promover a necessária liquidação antes de dar início à respectiva execução (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 159).

Diante do exposto, nos termos da fundamentação adotada e em observância ao inciso IX do art. 93 da Constituição da República dou provimento ao recurso para desconstituir a decisão de f. 161/162-TJ e anular o processo de execução. Determino o retorno dos autos à instância de origem para regular prosseguimento do processo, ou seja, para que, depois da regular intimação do devedor e, se for o caso, a apuração do valor líquido da dívida, sob contraditório e ampla defesa, a execução da multa se faça pelo procedimento legal em vigor.

Custas recursais, pela agravada.

DES. NILO LACERDA - De acordo.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

ISS - Bem móvel - Locação - Não incidência - Lista elencada na Lei Complementar nº 116/03 - Taxatividade - Taxa Selic - Aplicabilidade

Ementa: Tributário. ISSQN. Locação de bens móveis. Não incidência. Taxatividade da lista elencada na LC 116/03. Aplicabilidade da taxa Selic.

- Indevida a incidência de ISSQN sobre a atividade de locação de bens móveis, conforme entendimento sufragado pelo STF. Incide ele, porém, sobre a prestação de serviço relacionado na lista elencada na LC 116/03.

Dar provimento parcial ao recurso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.900059-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Lease Car S.A. - Apelado: Município de Belo Horizonte - Relator: DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 5 de fevereiro de 2009. - *José Francisco Bueno* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Alexandre Pimenta da Rocha.

DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO - A autora, ora apelante, ajuizou cautelar inominada para que fosse garantido o direito ao depósito judicial do parcelamento de ISSQN com a consequente abstenção de qualquer ato que importe em lançamento e/ou exigência do mencionado parcelamento, autuações, aplicação de sanções, multas ou penalidades, bem como para que fornecesse certidões negativas até o deslinde da demanda.

Foi concedida a liminar, determinando-se o depósito judicial e suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Após o ajuizamento e concessão da liminar na ação cautelar inominada, a autora promoveu ação anulatória de débito fiscal c/c repetitória em face do Município requerendo a anulação dos Autos de Infração nº 030151-s e 09030-s, relativos à cobrança de ISSQN sobre locação de bens móveis e serviços indicados no relatório de fiscalização, bem como o levantamento de todos os valores depositados indevidamente a esse título.

O MM. Juiz *a quo*, entendendo pela constitucionalidade da exigência tributária, ISSQN sobre a locação de bens, bem como dos serviços elencados no auto de infração, julgou parcialmente procedentes os pedidos determinando que o réu refaça os cálculos referentes à cobrança do ISSQN, utilizando a taxa de juros moratórios de 1% ao mês.

Opostos embargos de declaração, f. 250/262, foram improvidos, f. 264.

Inconformada com a r. decisão, recorre a Lease Car S.A., f. 266/289, alegando, em preliminar, a nulidade da sentença por ausência de fundamentação. No mérito, sustenta, em síntese, a insubsistência dos autos de infração, a inconstitucionalidade da incidência do ISSQN sobre a locação de bens móveis, a desconsideração da coisa julgada na decisão que deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela Lease Car S.A. em 28.08.07, a não prestação de serviços de varrição, coleta e remoção de lixo e resíduos. Sustenta, ainda, a inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic e a natureza confiscatória da multa cobrada nos autos de infração.

O recurso foi regularmente contra-arrazoado.

Dispensa-se a intervenção ministerial em respeito à Sumula 189 do STJ.

Do necessário, esta a exposição.

Decide-se.

Conheço do apelo, visto que próprio e tempestivo.

A preliminar, que tange à ausência de fundamentação, não merece ser acolhida, desde que os pedidos formulados na ação cautelar foram julgados improcedentes pelos mesmos fundamentos apresentados na ação principal.

No mérito, razão assiste em parte ao apelante.

De acordo com o art. 156, III, da Constituição Federal, compete aos Municípios a exigência do "Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza" prestados nos limites de seus territórios, *verbis*:

> Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:
> [...]
> III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Preceitua o art. 146, III, da Constituição Federal:

> Art. 146. Cabe à lei complementar:
> [...]
> III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especificamente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Portanto, cabe à lei complementar, no caso o CTN, definir a base de cálculo dos tributos, cujos arts. 71 a 73 foram revogados pelo DL 406, de 31.12.68, e recepcionados pela CR/88.

Com efeito, dispunha o art. 8º do Decreto-lei nº 406, de 31.12.68:

> Art. 8º. O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

Por sua vez, a lista anexa do referido decreto-lei, com a redação determinada pela Lei Complementar nº 56/87, determinava em seu item 79 a incidência do ISS sobre a locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil.

Ora, sendo a locação um instituto de direito privado, para se chegar ao seu conceito, devem ser utilizadas as disposições do Código Civil, notadamente seus arts. 565 (art.1.188 do antigo CC), e 594 (art. 1.216 do antigo CC), que possuem a seguinte redação:

> Art. 565. 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.
> [...]
> Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

Assim, não sendo a locação uma prestação de serviço, desde que consiste somente no fato de alguém colocar um bem à disposição de outrem, não pode mesmo sofrer tributação, a título de ISSQN.

Como bem já salientei ao tratar de caso de locação de móveis em atividade de construção civil, no julgamento da Apelação nº 304.380-9.00, o Plenário do Supremo Tribunal Federal corrobora esta tese, conforme determinado no julgamento do RE nº 116.121/SP, que teve como Relator para o acórdão o Min. Marco Aurélio cuja súmula ementada - publicada no *DJU* de 25.05.2001 - assim verbera:

> 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.
> Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário pela letra c, e, por maioria, em dar-lhe provimento, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão 'locação de bens móveis', constante do item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-lei 406, de 31 de dezembro de 1968, na redação dada pela Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, pronunciando, ainda, a inconstitucionalidade da mesma expressão 'locação de bens móveis', contida no item 78 do § 3º do artigo 50 da Lista de Serviços da Lei nº 3.750, de 20 de dezembro de 1971, do Município de Santos/SP. Brasília, 11 de outubro de 2000 (*DJU* de 25.5.2001).

Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - art. 110 do CTN.

> 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.

Assim, observada a definição de cada instituto, conclui-se que somente a prestação de serviços é fato gerador do tributo em comento, cabendo aqui a lição de Sacha Calmon Navarro Coelho, acerca da limitação contida no artigo supramencionado (in *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 576):

> Tais conceitos, institutos e formas são recebidos pelo Direito Tributário tal qual são no Direito Privado. O objetivo aqui é preservar a rigidez do sistema de repartição das competências tributárias entre os entes políticos da Federação, segregando a partir de conceitos de Direito Privado já sedimentados as fontes de receita tributária dos mesmos. Isto posto, só para exemplificar: mercadoria, salário, bem imóvel, contrato de seguro, quando usados para articular os fatos geradores dos impostos, não podem ser desarrazoadamente alterados pelo legislador infraconstitucional, federal, distrital, estadual ou municipal, com o fito de tributar realidades não previstas ou já atribuídas a outra ordem de governo.

Daí que não incide o ISSQN sobre a locação de bens móveis.

No que tange à cobrança de ISSQN sobre a prestação de serviços de varrição, coleta e remoção de lixo e resíduos, observa-se que o próprio contrato social da apelante, bem como as diversas cláusulas dos contratos firmados com a SLU, demonstram a aptidão da autora para a prática da atividade descrita no relatório de fiscalização anexo à TVF 030151-S. Conforme se depreende dos documentos acostados aos autos, o contrato firmado pela autora com a SLU estabelece que, além de conceder veículos à autarquia, também se obriga a fornecer mão de obra de motoristas e guarnições necessárias à execução do serviço.

Logo, comprovada a potencialidade da prestação por parte da apelante, tanto dos serviços de locação de bens móveis quanto de limpeza pública urbana e industrial, devida a cobrança de ISSQN sobre os serviços prestados, não havendo que se falar em incorreto enquadramento da atividade.

Quanto aos juros de mora, entendo ser improcedente o apelo, em face do disposto no art. 406 do Código Civil, que preceitua que os juros moratórios serão fixados segundo a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devido à Fazenda Pública. Assim, é legal a estipulação da taxa Selic, no caso vertente.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso apenas para reconhecer a inexigibilidade do ISSQN sobre a locação de bens móveis, confirmando, porém, a sua incidência sobre a prestação de serviços relacionados no AI 030151-S, utilizando-se a taxa Selic.

Custas, pelo apelante.

DES. AUDEBERT DELAGE - De acordo.

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Abandono material - Lei nº 9.099/95 - Inaplicabilidade - Pensão alimentícia - Inadimplemento - Justa causa - Delito não caracterizado - Absolvição - Mandado de citação - Art. 352 do Código de Processo Penal - Observância - Nulidade - Não ocorrência

Ementa: Abandono material. Preliminares. Infração que não é de menor potencial ofensivo. Aplicação do Código de Processo Penal. Falta de advertência no mandado de citação. Ausência de ofensa a dispositivo legal. Recebimento da denúncia. Decisão interlocutória. Recebimento implícito. Rejeita-se. Inadimplência no pagamento de pensão alimentícia. Ausência de dolo. Atipicidade. Absolvição.

- O crime de abandono material não é infração de menor potencial ofensivo, não se aplicando a parte processual prevista na Lei nº 9.099/95.

- Comprovado que o réu não pagou o débito alimentar por impossibilidade, resta configurada a justa causa para o inadimplemento, mostrando-se atípica a conduta, não caracterizando o crime do art. 244 do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0517.07.002949-4/001 - Comarca de Poço Fundo - Apelante: A.F.P. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HERCULANO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2009. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERCULANO RODRIGUES - Na Comarca de Poço Fundo, A.F.P., já qualificado, foi condenado incurso nas sanções do art. 244 do Código Penal, apenado com 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, e multa de um salário mínimo, tendo a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, na forma especificada na sentença, tudo porque, segundo a denúncia, durante os meses de setembro a novembro de 2006, não efetuou o pagamento de pensão alimentícia fixada judicialmente em favor de sua filha menor J.J.P., o que é matéria de ação de execução.

Irresignado, recorre, articulando preliminares de nulidade, por ausência de advertência para acompanhamento de advogado no mandado de intimação para comparecimento na audiência preliminar e por ausência de decisão de recebimento da denúncia. Alega, ainda, a ocorrência de cerceamento de defesa diante da inversão do interrogatório, prevista no art. 81 da Lei nº 9.099/95.

No mérito, pede sua absolvição, forte nas teses de ausência de materialidade e atipicidade da conduta, tudo com base no teor da prova coligida.

As contrarrazões trazem preliminar de intempestividade recursal, pugnando pela rejeição daquelas invocadas no recurso e, no mérito, por seu desprovimento.

O parecer da douta Procuradoria de Justiça é pela rejeição das preliminares da defesa e da acusação e pelo provimento do recurso, para que seja o réu absolvido.

No essencial, é o relatório.

No tocante à preliminar de intempestividade recursal, invocada nas contrarrazões ministeriais, tem-se que o réu interpôs seu inconformismo em 25.06.2008, f. 171, tendo sido pessoalmente intimado em 17 de julho seguinte, conforme se vê da certidão de f. 192.

Assim, não há falar em apelo extemporâneo, pelo que, presentes os pressupostos da admissibilidade, conheço do recurso.

Em relação à primeira preliminar, vê-se que, de fato, não constou do mandado de f. 25 a necessidade de o réu se fazer acompanhado por defensor.

No entanto, conforme mencionado nas contrarrazões do Ministério Público, o crime de abandono material não é daqueles de menor potencial ofensivo, não se aplicando o disposto na parte processual da Lei nº 9.099/95.

A regra do art. 352 do Código de Processo Penal, que incide na espécie, não menciona a necessidade de constar no mandado a referida advertência, inexistindo, no caso, qualquer ofensa a dispositivo legal.

Ainda que assim não fosse, tem-se que, às f. 26/27, após declarar sua incapacidade financeira para contratação de advogado, o réu teve nomeado em seu favor defensor dativo, que cumpriu com perfeição o ônus designado.

Não logrou o apelante comprovar a ocorrência de qualquer prejuízo sofrido em relação ao ocorrido e, nesse passo, nos termos do art. 563 do digesto processual, não há falar em nulidade.

Rejeito a preliminar.

Compulsando os autos, verifico que, de fato, deixou o Juízo de proferir decisão de recebimento da

denúncia, sendo que, após a recusa pelo réu da suspensão condicional do processo, procedeu imediatamente ao interrogatório.

A decisão de recebimento da denúncia tem caráter meramente interlocutório, dispensando fundamentação complexa, tratando-se apenas de juízo positivo de admissibilidade da acusação penal.

Nesse passo, tendo sido a parte previamente intimada de que seria ofertada a suspensão condicional do processo e realizado seu interrogatório no mesmo ato, o que se vê, pelo teor do mandado de f. 25, não ocorreu cerceamento de defesa, não havendo falar em nulidade.

Por óbvio que, tendo sido recusada a suspensão condicional e realizado o interrogatório em um mesmo ato processual, não há dúvidas quanto à data do recebimento implícito, que é aquela da realização da audiência.

A respeito do tratamento dado à questão pelos tribunais, confira-se a jurisprudência colacionada nas contrarrazões do Ministério Público, que se amolda perfeitamente à questão.

Rejeito a preliminar.

No tocante à alegada inversão processual, percebe-se que a instrução do feito seguiu rigorosamente a ordem de atos disposta no Código de Processo Penal, iniciada pelo interrogatório, seguida da oitiva das testemunhas.

Saliente-se, conforme já dito, que não se aplica no presente caso a parte processual prevista na Lei nº 9.099/95, uma vez que não se está a cuidar de infração de menor potencial ofensivo.

Assim, rejeito a preliminar.

Ouvido em Juízo, às f. 28/30, o réu declarou que somente não pagou o débito alimentar por falta de recursos, tendo-o quitado a partir de empréstimo com seu cunhado.

Disse, ainda, que é boia-fria, sendo que, até aquela data, sobrevivia de cestas básicas, e que, quando se separou de sua esposa, deixou uma casa que está alugada e cujos aluguéis são recebidos pela filha.

A genitora da vítima, TJ, às f. 44/45, relata ter conhecimento de que o réu não tem emprego fixo, trabalhando eventualmente na lavoura de café, e que esteve doente, impossibilitado de trabalhar.

Também confirmou que sua filha recebe os aluguéis deixados pelo réu, e que recebeu o débito alimentar cobrado.

Balizada a prova, tem-se que assiste razão ao réu, impondo-se o provimento do recurso, com sua consequente absolvição, o que encontra amparo no parecer da douta Procuradoria de Justiça.

O tipo de crime previsto no art. 244 do Código Penal exige, para sua caracterização, que o acusado deixe de prover, sem justa causa, a subsistência de seus dependentes, o que não se demonstrou no presente caso, uma vez que incontroverso que, na ocasião, o réu estava impossibilitado de arcar com o pagamento da pensão alimentícia.

E, ainda, se realmente tivesse sua vontade orientada em direção a uma prática delituosa, não teria deixado em favor de sua filha o aluguel de um imóvel, que ela recebe mensalmente.

A respeito da matéria, convém citar:

> Apelação crime. Abandono material. Elemento subjetivo do delito. Ônus da prova. Absolvição decretada. - Para a configuração do crime de abandono material, em quaisquer de suas figuras típicas, mister a prova de que o agente tenha deixado de prover, sem justa causa, a subsistência do sujeito passivo. Prova a ser produzida pela acusação, porque, em favor do réu, milita a presunção da inocência. Insuficiência de prova quanto ao dolo específico de abandono, elemento normativo do tipo penal previsto no art. 244 do CP, revelando a conduta mero inadimplemento de pensão alimentícia judicialmente arbitrada, situação a ser solvida no âmbito civil. Absolvição que se impõe (TJRS - 8ª Câmara - Ap. Crim. nº 70010555522 - Rel.ª Des.ª Fabianne Breton Baisch - v.u. - j. em 09.05.2005 - p. no *DJ* de 18.03.2005).

> Apelação. Abandono material. Dolo do agente. Ônus da acusação. Não comprovação. Delito não configurado. Absolvição decretada. - O crime previsto no art. 244 do CP só se tipifica quando comprovado que o sujeito ativo possuía condições de arcar com a subsistência de sua prole e, mesmo assim, não o fez. O mero inadimplemento de prestação alimentícia, por si só, não caracteriza o delito de abandono material (TJMG - 1ª Câmara Criminal - Ap. Crim. nº 1.0598.04.000920-4/001 - Rel. Des. Paulo Cézar Dias - v.u. - j. em 29.04.2008 - p. no *DJ* de 11.06.2008).

Assim, ausente o dolo, deve o recorrente ser absolvido, por atipicidade da conduta.

Do exposto, apoiado pelos termos do parecer ministerial, dou provimento ao recurso para absolver o apelante, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Na origem, façam-se as anotações devidas.

Custas, de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e VIEIRA DE BRITO.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO.

...

Tribunal do Júri - Homicídio - Crime tentado - Desclassificação para lesão corporal grave - Decisão contrária à prova dos autos - Não ocorrência - Apelação - Improvimento

Ementa: Processual penal. Recurso de apelação criminal. Art. 593, III, do CPP. Tribunal do Júri. Decisão dos jura-

dos supostamente contrária à prova dos autos. Não ocorrência. Apelo desprovido.

- Em sede de apelação contra a decisão dos jurados, não cabe à instância revisora substituir os membros do Conselho de Sentença e afirmar que o acolhimento da tese acusatória era ''melhor'' que a da defesa, mas, apenas, aferir se a versão acolhida pelo Júri tem plausibilidade nos autos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0470.01.004074-4/001 - Comarca de Paracatu - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Wanderley Alves dos Reis - 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, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2009. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face da decisão proferida pelo egrégio Conselho de Sentença da Comarca de Paracatu, que, embora tenha reconhecido a autoria e materialidade do delito, rejeitou o *animus necandi* da conduta praticada pelo acusado Wanderley Alves dos Reis, quando, por maioria dos votos, negou o quesito relativo à tentativa de homicídio.

Afastada a tese insculpida na denúncia, esta amparada pelo disposto no art. 121, § 2º, inc. I, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, o MM. Juiz *a quo* proferiu a sentença de f. 255/256, oportunidade em que condenou o apelado nas iras do art. 129, § 1º, incisos I e II, do Código Penal, tendo sido fixada a pena em 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto. Ao final, em ato contínuo, concedeu-lhe o benefício do *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos.

Em suas razões, de f. 260/265, afirma o il. representante do Ministério Público Estadual que o referido *decisum* se encontra manifestamente contrário à prova dos autos, tendo em vista que, não obstante o *animus necandi* estar devidamente evidenciado no conjunto probatório, a tentativa de homicídio não foi reconhecida pelos jurados, impondo-se a necessidade de reexame pelo Tribunal Popular.

Em sede de contrarrazões, f. 267/269, a douta defesa pugnou pela integral manutenção da v. sentença recorrida.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 274/276, opinando pelo desprovimento do apelo.

Este é o relatório necessário. Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Conforme consta, o apelado foi denunciado por ter supostamente violado o disposto no art. 121, § 2º, inciso I, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, posto ter, no dia 19.12.00, por volta das 16h45min, na Rua João Mendes da Silva, Bairro Alto do Açude, na cidade e Comarca de Paracatu, com *animus necandi*, desferido inúmeros golpes de faca contra a vítima Cleusa Mota Rosa, somente não consumando o delito por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista a interferência de vizinhos que encaminharam a vítima ao hospital local.

Não se olvidando do reconhecido esforço do il. representante do Ministério Público, depois de analisar as razões recursais à luz dos elementos probatórios acostados aos autos, não vejo como prover o apelo ministerial, *permissa venia*.

Em sede de recurso de apelação contra o mérito das decisões do Júri, não compete ao Tribunal *ad quem* realizar um novo julgamento da causa, mas, apenas, verificar se o veredicto do Conselho de Sentença encontra algum apoio suficiente a elidir a pecha de arbitrariedade, e não valorar se a prova acusatória é melhor do que a da defesa.

A exegese do art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal não deixa dúvidas de que, em casos tais, somente se deve dar provimento ao recurso ministerial, a fim de sujeitar o réu a novo julgamento, se ficar demonstrado que a decisão dos jurados foi "manifestamente contrária" ao conjunto probatório.

Embora o limite dessa expressão não seja absoluto, tem-se assentado, jurisprudencialmente, que tais decisões são apenas aquelas que não encontram o mínimo respaldo nos autos, violando as regras básicas da própria lógica, consubstanciando verdadeira arbitrariedade do Tribunal Popular.

Obviamente, a fim de se preservar a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *c*, da Constituição da República), encontram-se excluídas do referido conceito as hipóteses em que os jurados, diante de provas divergentes ou circunstâncias notadamente subjetivas, acolhem uma das teses possíveis ao caso, julgando o caso de acordo com sua íntima convicção.

Essa é, exatamente, a hipótese dos autos.

In casu, com renovada vênia, não me parece que a decisão dos jurados tenha sido "manifestamente contrária" à prova dos autos, porque os membros do Conselho de Sentença apenas desclassificaram a conduta do acusado de homicídio tentado para lesões corporais de natureza grave, rechaçando o *animus necandi*, acolhendo a tese defensiva, a qual, por sua vez, além de plausível, foi erigida a partir de elementos concretos dos autos.

É de se reconhecer que, por sua própria natureza, a distinção entre a lesão corporal dolosa e a tentativa de homicídio é tênue, assentando-se, basicamente, no elemento subjetivo do agente. Neste, age-se com *animus necandi*; naquele, com *animus laedendi*.

Essa a clássica lição de Nelson Hungria:

> Os *essentialia* da lesão corporal dolosa podem ser assim fixados: a) um dano à integridade corporal ou saúde de outrem; b) a relação de causalidade entre a conduta do agente e esse evento lesivo; c) o *animus laedendi*. No que concerne ao elemento subjetivo é que se distingue entre a lesão corporal dolosa e a tentativa cruenta de homicídio; nesta, o agente procede com a intenção de matar, ao passo que, naquela, apenas com a intenção de ferir ou causar um dano à saúde (*Comentários ao Código Penal*, Forense, v. 5, p. 327).

Com efeito, a experiência revela ser sobremaneira difícil perquirir um *factum internum* como a real intenção do agente. Cabe ao intérprete, então, valer-se de elementos sensíveis aferíveis caso a caso, ou seja, verificar as circunstâncias externas da conduta, porque os meios e a forma de agir revelam muito sobre a intenção do agente.

Examinando a prova produzida nos autos, constata-se que a vítima não foi ouvida em juízo, sob o crivo do contraditório. As testemunhas ouvidas às f. 141/144 não presenciaram o fato, relatando, portanto, apenas o que ouviram dizer.

Por outro lado, consta do depoimento do apelado que este voltou a conviver maritalmente com a vítima após o evento, sendo que, quando do novo rompimento, não houve qualquer agressão.

Por fim, tem-se que o *animus necandi* do agente não se configura pela mera localização do ferimento causado pela arma branca.

Na hipótese em exame, tais circunstâncias não se mostraram suficientes para demonstrar que o acusado agiu com dolo de homicídio, o qual não pode ser presumido, sobretudo porque os demais elementos probatórios não levam, inexoravelmente, a tal conclusão.

Ao revés, é perfeitamente plausível a tese sustentada pela defesa no sentido de que, ao ter a vítima sob seu domínio, o agente poderia perfeitamente ter concluído o homicídio, caso fosse essa sua intenção, mas preferiu apenas evadir, possibilitando a interpretação de que seu objetivo era apenas lesionar a vítima.

Noutras palavras, não me parece arbitrária a decisão do Júri, que, diante da dúvida quanto à real intenção do agente, apenas acolhe uma tese menos gravosa ao acusado.

Todas as considerações demonstram que, no caso em tela, não há como se falar em "decisão manifestamente contrária à prova dos autos", cabendo frisar - sob risco de redundância - que, em sede de apelação contra a decisão dos jurados, não cabe à instância revisora substituir os membros do Conselho de Sentença e afirmar que o acolhimento da tese acusatória "era melhor" que a da defesa, mas, apenas, aferir se a versão acolhida pelo Júri tem plausibilidade nos autos, o que, *data venia*, restou perfeitamente configurado.

Conforta-me saber que tal entendimento se encontra perfilhado com a jurisprudência do Pretório Excelso:

> Júri: apelação contra o veredicto: devolução restrita. Na apelação contra o mérito das decisões do Júri, não incumbe ao juízo de segundo grau um novo julgamento da causa - ofensivo da privativa e soberana competência constitucional do tribunal popular - mas apenas verificar se, como reclama a lei para a cassação, a decisão dos jurados é 'manifestamente contrária à prova dos autos' ou se o veredicto nela encontra algum apoio, bastante a elidir a pecha de arbitrariedade e não se pode tachar de arbitrário ou desarrazoado o veredicto que acolhe a versão de fato de paciente, quando essa tem por si, em substância, a das duas únicas testemunhas presenciais do fato (STF - *HC* 77996 / RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, *DJU* de 08.09.00, p. 6).

> *Habeas corpus*. Processo penal. Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos (Código de Processo Penal, art. 593, III, *d*). Inocorrência. Ordem concedida. 1. Decisão dos jurados, os quais, após apreciarem as teses esposadas em plenário, optam pela absolvição do réu. 2. Se a decisão dos jurados estiver apoiada em algum elemento probatório, não há falar-se em decisão manifestamente contrária à prova dos autos. 3. Ordem concedida, para anular o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que reformara a sentença absolutória (STF - *HC* 83961/MS, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, *DJU* de 23.04.04, p. 25).

> Se as provas de acusação e defesa podem ser sopesadas, em confronto valorativo, não cabe afirmar a ocorrência, pura e simplesmente, de julgamento do tribunal popular contrário à regra *legis* invocada, mas, apenas, seria possível asseverar que, numa visão técnica da prova dos autos, a prova da acusação seria preferível à da defesa. Tal juízo formulável no julgamento de instâncias ordinárias comuns, não é, todavia, plausível diante de decisão de tribunal popular, em que o convencimento dos jurados se compõe segundo parâmetros distintos dos em que se situa o julgamento do magistrado profissional. *Habeas corpus* deferido para cassar o acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal nº 136.149-3/8 e, assim, tornar definitiva a decisão absolutória do Tribunal do Júri (STF - *HC* 80115/SP, Rel. Ministro Néri da Silveira, *DJU* de 27.04.01, p. 61).

Pelo exposto, considerando tudo quanto foi visto, nego provimento ao recurso, mantendo-se inalterada a bem-lançada sentença hostilizada.

Custas, *ex lege*.

DES. ELI LUCAS DE MENDONÇA - De acordo.

DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador

Vogal, após os Desembargadores Relator e Revisor negarem provimento ao recurso.

DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS - Pedi vista dos autos, examinei o processo e estou acompanhando os votos que me antecederam.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Homícidio qualificado - Valoração da prova - Ciúme - Motivo torpe - Não configuração - Sentença de pronúncia - Qualificadora - Exclusão

Ementa: Recurso em sentido estrito. Homicídio qualificado. Motivo do crime apontado como sentimento de posse exacerbado. Ideia de infidelidade. Móvel que se subsume ao conceito de ciúme. Qualificadora que não caracteriza motivo torpe. Pronúncia mantida. Recurso desprovido.

- Apontado o móvel do agente como reação exagerada a sentimento de perda da pessoa querida, revelando o comportamento exacerbado sentimento de posse instigada pela suspeita de infidelidade, tem-se a motivação como ciúme, que não caracteriza motivo torpe, por se tratar de aspecto subjetivo inerente ao ser humano.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0418.07. 006537-4/001 - Comarca de Minas Novas - Recorrente: Ministério Público de Estado de Minas Gerais - Recorrido: Vanderley Soares de Souza - Relator: DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2009. - *Ediwal José de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS - Cuida-se de recurso em sentido estrito aviado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor de Vanderley Soares de Souza, réu que responde a processo por homicídio qualificado, infração penal que se apura na Comarca de Minas Novas, neste Estado.

Segundo a denúncia, recebida em 6 de julho de 2007 (f. 60), o réu Vanderley teria desferido múltiplos golpes de faca contra a vítima Lidiane Fernandes da Silva, isso em 18 de março de 2007, causando-lhe lesões que resultaram em sua morte.

Narra a peça de ingresso que o denunciado iniciou com a vítima um relacionamento amoroso, revelando-se, todavia, uma pessoa agressiva e violenta, o que teria levado Lidiane (algumas passagens dos autos mencionam o nome Leidiane e também Lediane) a empreender fuga da casa em que conviviam, escondendo-se juntamente com o filho, gerado pela união em questão, em outro domicílio do lugar.

Sustenta, ainda, a acusação que o réu descobriu o referido local e, não aceitando a separação, apontado motivo torpe, arrombou a janela da casa em que estava a ofendida, perfurando sua ex-companheira com seis facadas desferidas em pontos não vitais, para maior sofrimento da atingida, o que revelaria crueldade na execução do delito.

Ao final, descreve a inicial que o agente teria buscado modificar a cena do delito, inovando o lugar da infração, despindo a ofendida para simular possível traição.

Decorrida a instrução, restou o denunciado pronunciado nas iras do art. 121, § 2º, III, c/c o art. 61, II, *f*, e art. 347 do CP, decotada a qualificadora do motivo torpe, de acordo com a sentença de f. 203/210.

Recorre o Ministério Público (razões às f. 218/221), sustentando que a qualificadora do motivo torpe deve ser restabelecida, pois, no caso, o móvel do réu não seria ligado a ciúmes, mas ao abalo do seu exercício usual de poder sobre a ofendida, não aceitando o varão a resistência oferecida pela vítima a seus comandos.

Sustenta, ainda, o *Parquet* que mesmo a interpretação acerca da existência de ciúmes autoriza a subsunção do caso aos ditames do art. 121, § 2º, I, do CP, pois haveria ensinamento doutrinário a este respeito, pelo que requer a modificação da sentença, para inclusão da qualificadora decotada.

Contrarrazões da defesa às f. 223/224.

A decisão foi mantida em sede de eventual retratação, conforme manifestação de f. 225.

Opina a douta Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso, nos termos do parecer de f. 228/234.

O réu foi intimado pessoalmente (f. 212/214).

O recurso deve ser conhecido, pois atende a seus pressupostos de admissão.

Analisando o caso, entendemos que o sentimento que moveu o agente seria realmente ligado a ciúmes que nutria pela ofendida em razão de comportamento imaginado, prevalecendo a interpretação, a despeito de valiosas informações em contrário, que referido móvel não enseja o reconhecimento da qualificadora do motivo torpe.

Diferentes pessoas atestam que a motivação principal do acontecido não teria sido a resistência oferecida pela vítima aos desmandos do varão, mas fato específico que gerou forte desassossego ao acusado, que não aceitou ser preterido em seu relacionamento conjugal.

Há fortes elementos de convicção no sentido de que o agente queria manter o relacionamento que buscava a ofendida romper, culminando no ato ilícito apontado, todavia, por assistência prestada por um terceiro, na fuga empreendida pela falecida.

Referida circunstância é admitida inclusive por pessoas próximas da vítima, o que nos leva a entender o sentimento exacerbado de posse do acusado como aspecto interior que deve ser interpretado como ciúme.

Repare-se nas seguintes declarações:

> [...] no dia dos fatos estava ocorrendo um forró na comunidade onde a depoente reside; que a depoente ficou sabendo que Vanderley matou Lidiane no dia seguinte; que a depoente ouviu dizer que Vanderley matou Lidiane por motivo de ciúmes (Rosinei Aparecida - f. 45).

> [...] a depoente ficou sabendo que Vanderley tinha assassinado Lidiane no seguinte (*sic*), por volta das 09h; que a depoente ouviu dizer que Vanderley matou Lidiane por motivos de ciúmes (Maria Antônia - f. 46).

> [...] Lediane pediu ajuda para um garoto, o qual foi buscar um rapaz que possuía uma moto. O rapaz da moto estava no mesmo bar que o réu se encontrava. O rapaz se dirigiu até a casa onde estava Lediane e foi seguido pelo réu, este acreditava que o rapaz era amante de Lediane e teria ido a seu encontro (Alaíde - f. 337).

A definição do que seja ciúme está, então, em perfeita harmonia com o que teria levado o acusado a realizar o ilícito (suspeita de infidelidade e sentimento exacerbado de posse):

> Ciúme: 1. Sentimento doloroso causado pela suspeita de infidelidade da pessoa amada. 2. Angústia provocada por sentimento exacerbado de posse (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio*. 7 ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2008, p. 238).

E, sendo certo que o elemento subjetivo se liga a referido sentimento, prevalece, no ensinamento jurisprudencial, a impossibilidade de reconhecimento da qualificadora do motivo torpe.

Respeitamos a doutrina destacada nas razões recursais (autor José Henrique Pierangeli - f. 200, alto), mas não é essa a interpretação comumente trazida neste egrégio Sodalício e em sede de outros tribunais.

De fato, prevalece opinião contrária àquele defendida pelo *Parquet*:

> Torpe é o motivo repugnante ao senso-ético e abjeto. Segundo entendimento preponderante na jurisprudência, não pode ser considerado torpe o crime cometido por ciúmes (TJMG - 3ª Câmara - Ap. 1.0433.04.138531-4/001 - Rel. Des. Paulo Cézar Dias - pub. em 19.04.2006).

> Impõe-se excluir a qualificadora do motivo torpe, mesmo na fase da pronúncia, haja vista que o ciúme, na hipótese concreta, não revelou uma motivação repugnante, desprezível ou profundamente imoral, mais se aproximando a um sentimento negativo que influiu decisivamente no controle emocional do agente (TJMG - 2ª Câmara - RSE 1.0433.02.043001-6/001 - Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - pub. em 13.03.04).

> O ciúme, por si só, sem outras circunstâncias, não caracteriza o motivo torpe (STJ - 5ª T. - REsp. 84729/DF - Rel. Min. Felix Fischer - *RSTJ* 93/378).

E não deve ser outro o entendimento, pois o ciúme não pode ser entendido como sentimento vil, abjeto, repugnante, uma vez que comumente encontrado nas pessoas, fazendo parte da constituição subjetiva humana, a despeito de, no caso em debate, existirem elementos a demonstrar ter sido exacerbado, a ponto de ter gerado tamanha brutalidade.

Com tais argumentos, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

DES. DOORGAL BORGES DE ANDRADA - Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra a decisão de f. 203/210, do d. Juiz da Vara Única da Comarca de Minas Novas, que pronunciou o réu Vanderley Soares de Souza pelas infrações penais previstas no art. 121, § 2º, inciso III, c/c o art. 61, inciso II, alínea *f*, e art. 347 do CP, porém decotou a qualificadora por motivo torpe, por entender que o ciúme não enseja a aplicação dessa qualificadora (f. 218/221-TJ).

Entendeu o d. Relator que o crime aconteceu por ciúme e que esse sentimento humano não é razão para aplicar a qualificadora por motivo torpe.

Concordo com o eminente Relator, porém por argumentos diversos do explicitado.

De acordo com a jurisprudência recente, o ciúme, por si só, não é causa ensejadora da qualificadora por motivo torpe, tendo em vista se tratar de um sentimento humano comum, porém essa doutrina não pode ser absoluta, uma vez que é necessária a análise caso a caso.

Salientamos que, devido a grande extensão do nosso país, a cultura e os costumes dos locais podem variar significativamente. O que ocorre no Vale do Jequitinhonha é que o ciúme é um valor considerável, em que as reações advindas dele são aceitas na dita região.

Na região onde este crime aconteceu, onde parte da sociedade é mais humilde e onde há muitas pessoas sem escolaridade, o ciúme é um sentimento que pode ensejar atitudes mais drásticas.

Portanto, a valoração do ciúme, no meu entendimento, não pode ser absoluta como quer as reiteradas decisões. Mas no caso concreto ela não se enquadra no motivo torpe, tendo em vista a natural e forte reação que o ciúme provoca nas pessoas daquela região sofrida de Minas Gerais.

Assim, retiro a qualificadora por motivo torpe, devendo o réu ser pronunciado pelos crimes do art. 121, § 2º, inciso III, c/c o art. 61, inciso II, alínea *f*, e art. 347 do CP.

Em face do exposto, de acordo com o il. Relator, mantenho a decisão de pronúncia, negando provimento ao recurso de sentido estrito.

Custas, *ex lege*.

DES. ELI LUCAS DE MENDONÇA - De acordo com o em. Des. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Tortura - Lei nº 9.455/97 - Crime próprio - Agente público - Inconstitucionalidade - Desclassificação do crime - Sequestro - Lesão corporal - Condenação

Ementa: Apelação. Tortura. Lei nº 9.455/97. Crime próprio. Agente público. Convenções internacionais de direitos humanos. Desclassificação para lesão corporal simples e sequestro.

- O crime de tortura é crime próprio, somente praticável por agente público. Ao dispor de forma contrária, a Lei nº 9.455/97 não observou a restrição presente em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, decorrendo daí a sua inconstitucionalidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0049.05.009048-6/001 - Comarca de Baependi - Apelantes: 1º) Valdenir de Abreu Pinto; 2º) Thiago Pinto da Silva - 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 PROVER O PRIMEIRO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR E NÃO CONHECER DO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2009. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo primeiro Apelante, o Dr. Rogério Libânio.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público ofereceu denúncia contra Thiago Pinto da Silva e Valdenir de Abreu Pinto, já qualificados nos autos, dando-os como incursos nas sanções do art. 1º, inciso I, *a*, c/c § 4º, inciso III do mesmo artigo, ambos da Lei 9.455/97. Narra a denúncia que, no dia 17.04.05, por volta de 01h00 hora, na cidade de Baependi, os denunciados, causaram padecimento físico e mental à vítima A.C.S., mediante o emprego de violência e grave ameaça com o fim de obter do mesmo confissão de crime de dano que lhe fora imputado.

Restou apurado que, após ter sofrido dano em seu veículo, o segundo denunciado, juntamente com Thiago Pinto da Silva, saíram ao encalço dos autores do delito. Por tal, e sob o entendimento de que A. seria o causador do evento, os denunciados o abordaram e levaram-no para um local ermo, ocasião em que ofenderam a integridade física da vítima, com o emprego de chutes e socos contra sua cabeça, sendo que, posteriormente, lançaram, em seus olhos, água sanitária.

O MM. Juiz da Vara Criminal da Comarca de Baependi julgou a denúncia parcialmente procedente, para condenar os réus Thiago Pinto da Silva e Valdenir de Abreu Pinto como incursos nas sanções do art. 1º, inciso I, *a*, c/c § 4º, inciso III, ambos da Lei 9.455/97, impondo-lhes uma pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e absolvê-los do delito de usurpação de função pública, nos termos do art. 386, III, do CPP.

Inconformado, recorre o apelante Thiago Pinto da Silva, pugnando por sua absolvição com escora na tese de atipicidade da conduta, uma vez que não restou provada a intenção de obter informação ou confissão através das agressões. Alternativamente, requer a desclassificação para o delito de lesão corporal simples prevista no art. 129 do Código Penal.

O acusado Valdenir de Abreu Pinto também interpôs recurso de apelação (f. 178/181), sustentando que não praticou o fato para fins de censura, reprimenda ou castigo pessoal, e sim no exercício regular de um direito, haja vista ter sido vítima de crime de dano. Argumenta que não logrou êxito em resolver o problema com a Polícia Militar local, motivo pelo qual colocou a vítima em seu carro e se dirigiu à cidade de Caxambu à procura de um policial plantonista.

Contra-arrazoados os apelos, subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo não conhecimento do recurso interposto por Thiago, em face de sua intempestividade, bem como pelo conhecimento do recurso interposto por Valdenir e, no mérito, pelo desprovimento de ambos os recursos.

Inicialmente, acatando o parecer da Procuradoria de Justiça, não conheço do recurso aviado pelo réu Thiago Pinto da Silva, uma vez que interposto fora do prazo legal. Vejamos:

De acordo com a f. 144-v. dos autos, a sentença penal condenatória foi publicada na data de 18 de setembro de 2007, tendo sido o defensor intimado de

sua publicação na data de 20 de setembro do mesmo ano (f. 144-v.). No dia 8 de outubro de 2007, o réu fora intimado pessoalmente (f. 157-v.). Entretanto, somente na data de 17 de outubro de 2007, ou seja, 2 (dois) dias depois do término do quinquídio legal, é que a defesa do réu manifestou sua vontade de recorrer.

Assim, tendo sido a apelação interposta fora do prazo previsto no art. 593 do Código de Processo Penal, não conheço do recurso interposto pelo segundo apelante, uma vez que intempestivo.

Conheço do recurso interposto pela defesa do acusado Valdenir de Abreu Pinto, pois preenche todos os requisitos legais de sua admissibilidade.

Dos autos, decorre que o segundo denunciado, após ter sofrido dano em seu veículo, saiu ao encalço dos prejulgados autores do delito, juntamente com Thiago Pinto da Silva. Por tal, e sob o entendimento de que A. seria o causador do evento, os denunciados o abordaram e o levaram para um local ermo, ocasião em que ofenderam sua integridade física, com o emprego de chutes e socos contra sua cabeça, sendo, que, posteriormente, lançaram em seus olhos água sanitária.

A materialidade dos delitos, bem como sua autoria, estão cabalmente provadas nos autos pelos ACD de f. 22/23, auto de apreensão de f. 20, boletim de ocorrência, depoimento da vítima e testemunhas, donde se extrai a certeza de que os acusados participaram do delito.

Em juízo, aduziu a vítima que:

> [...] o informante foi abordado pelos acusados que estavam em um veículo vermelho, onde disseram que eram policiais, dizendo ainda que o informante teria quebrado o retrovisor de um veículo; que os acusados quando da abordagem agrediram o informante, tendo posteriormente o colocado no banco traseiro do veículo, sendo que um deles tapou o rosto do informante com a jaqueta que estava vestindo; que o informante não pediu socorro, pois não houve tempo; que, no interior do veículo, o informante foi levado a um local abandonado e escuro, onde desceu do carro sendo agredido com vários socos e chutes em seu corpo; que os acusados derramaram no informante água sanitária em seus olhos, sendo que ardeu e ainda fez com que o informante não enxergasse direito; que o informante caiu no chão de terra quando esteve nesse local abandonado; que, após esse fato, o informante foi colocado no interior do porta-malas do veículo, sendo que o veículo ficou em movimento por um certo tempo, não podendo o informante dizer quanto tempo ficou no interior do porta malas... (f. 76/77).

Diogo, testemunha da acusação, narrou na Depol que:

> [...] quando retornavam para casa, juntamente com A. e Danilo, um veículo Escort, de cor vermelha, ocupado por dois homens os abordaram próximo ao lava-jato, lavapés, tendo um deles, um rapaz que possui uma deficiência, pois não possui uma das mãos, saiu do veículo dizendo que era polícia e mandou que o informante e seus amigos ficasse parados; que o informante saiu correndo e pediu à sua amiga Cristina, que estava logo atrás, para chamar a polícia; que o Alan recebeu uma gravata do referido rapaz e em seguida foi jogado para o interior do veículo...

Por sua vez, Danilo Nogueira Porto afirmou em juízo que:

> [...] presenciou a abordagem, realizada pelos acusados, do menor A.; [...] que os acusados, ao se encontrar com A., se identificaram como policiais, tendo agredido o menor com vários socos; que os acusados ao abordar A., não comentaram se o mesmo teria feito ou não alguma coisa [...]; que ao encontrar A. de Baependi, assim que este foi localizado, notou que o mesmo apresentava os olhos e boca inchada e que também a blusa que estava vestindo, apresentavam sujeira de pó, que o corpo de A. não apresentava sujeira de pó, que assim que foram abordados os acusados não chegaram a jogar 'qualquer coisa', seja no depoente na vítima ou em Diogo; que os acusados colocaram A. no interior do veículo Escort, no banco traseiro... (f. 79/80).

Os policiais Giovanni Antônio Alves Madeira e Valdemir Santiago da Silva prestaram seus depoimentos, oportunidade em que afirmaram as condições em que a vítima fora encontrada, bem como a ação da Polícia na ocorrência, o que vem de encontro aos demais depoimentos.

Como restou provado através dos depoimentos dos policiais, a vítima fora encontrada na cidade de Caxambu, exalando cheiro de água sanitária, donde se pode concluir que, realmente, ela fora alvejada por tal substância após ser levada pelos acusados.

Dessarte, não entendo plausível a alegação de que as lesões constatadas na vítima se deram em virtude de a mesma ter-se debatido ao entrar no veículo.

Conforme muito bem registrado pelo digno Juiz sentenciante, as lesões sofridas pela vítima decorreram de ato dos acusados, pois que a simples colocação da vítima dentro do carro jamais teria o condão de fazê-la ficar sem roupas, de provocar-lhe tantos hematomas ou de fazer com que ficasse com cheiro de água sanitária.

Diante do exposto, constata-se que o conjunto probatório coligido aos autos é coerente e firme em apontar os réus como autores das agressões sofridas pela vítima, motivo pelo qual deixo de acatar o pleito de absolvição formulado pela defesa.

Acerca da alegação feita pelo primeiro recorrente de que atuou em exercício regular de um direito não merece acolhida. É certo que o cidadão pode prender em flagrante delito quem infringe a lei penal, e, sendo necessário, usar força física, vindo a lhe causar lesão; contudo, não é esta a questão que ora se apresenta. No caso em tela, os réus, após prenderem a suposta vítima, conduziram-na a um local ermo onde propositadamente ofenderam a sua integridade física, restando claro que eles não se encontravam em exercício regular de determinado direito, pois inexiste o direito de causar lesão corporal em terceiro, ainda que em virtude da prática de crime.

Por outro lado, entendo que o crime de tortura é crime próprio, somente praticável por agente público. Ao dispor de forma contrária, a Lei nº 9.455/97 não observou a restrição presente em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, decorrendo daí a sua inconstitucionalidade.

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, definiram a prática da tortura como "crime próprio", ou seja, 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.

Ressalte-se que 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.

Este Tribunal, por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 1.0000.00.268999-0/001, de que foi Relator o eminente Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, sustentou que a infração penal do art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97 é

> [...] crime próprio, que somente poderá ser cometida por agente público que esteja com a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade, segundo a interpretação que se faz de normas embutidas em convenções internacionais de direitos humanos, das quais o Brasil é signatário, as quais possuem *status* de norma constitucional e se acham integradas automaticamente ao ordenamento jurídico interno.

Diverso não é o posicionamento da doutrina:

> [...] 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, a 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... (FRANCO, Alberto Silva. Tortura - Breves anotações sobre a Lei nº 9.455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 19 - Doutrina Nacional, p. 59.)

Também criticou incisivamente o texto da Lei nº 9. 455/97 o insigne Rui Stoco, in *Enfoque Jurídico*, TRF, da 1ª Região, março/abril 1997 - A tortura como figura típica autônoma:

> [...] a opção da lei em estabelecer tortura como crime comum, por alargar seu espectro de abrangência, ocasionará sérios problemas no que pertine ao conflito de normas.

Assim, impõe seja afastada do caso a aplicação da Lei 9.455/97.

Conforme já dito, restaram devidamente comprovadas nos autos a autoria e materialidade dos delitos descritos na inicial acusatória, razão pela qual há que se manter o decreto condenatório, embora com outra capitulação, qual sejam os delitos inscritos no art. 148, *caput*, e art. 129, *caput*, ambos do Código Penal.

Observa-se que, em relação à lesão corporal, os laudos periciais encartados às f. 22/23 não comprovam a natureza grave das lesões corporais sofridas, pelo que a desclassificação operada é mesmo para a forma simples do delito.

Ressalte-se que a peça vestibular narrou minuciosamente os fatos, encontrando-se ali perfeitamente descritas as elementares de tal delito, permitindo, portanto, que se confira aos fatos narrados classificação jurídica diversa daquela apontada, procedimento que, de forma alguma, acarreta qualquer prejuízo ao direito de ampla defesa dos apelantes.

Assim, revela-se viável a aludida desclassificação, através da *emendatio libelli* (corrigenda da classificação jurídica conferida ao fato na denúncia art. 383 do CPP), amplamente admitida em segundo grau pela jurisprudência.

Em relação à representação, condição de procedibilidade no crime de lesão corporal leve, de ação penal pública condicionada, é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que ela prescinde de fórmula rígida ou formal, sendo suficiente a manifestação inequívoca da vítima ou de seu representante qualificado no sentido de processar o autor do crime, tal como ocorre *in casu*.

Pois bem, impõe-se a desclassificação da imputação lançada contra os réus, relativamente ao delito do art. 1º da Lei 9.455/97, para aquela prevista no art. 129, *caput*, e art. 148, *caput*, ambos do Código Penal.

Passo à reestruturação das reprimendas em face da nova incursão delitiva.

Vale frisar que, apesar de se tratar de réu primário e sem registro de antecedentes criminais, apenas esses fatos não lhe asseguram o direito de ver a pena-base fixada no patamar mínimo, já que as outras circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal também devem ser sopesadas quando da dosimetria da pena.

Para o delito do art. 129, *caput*, considerando ser altamente reprovável a conduta do réu, que se arvorou em vingador privado, sem nenhum direito a ampará-lo; seus bons antecedentes; a ausência de informações sobre sua conduta social e personalidade; os motivos do crime, o indiscutível desejo de vingança; as circunstâncias e conseqüências que são típicas do delito; e a ausência de provas concretas de que a vítima contribuiu para o crime; fixo-lhe a pena-base em 6 (seis) meses de detenção. Tendo em vista a circunstância do art. 61, II, *h*

(crime cometido contra criança), majoro de 1/6 a pena, tornando-a definitiva no patamar de 7 (sete) meses de detenção, ante a ausência de outras causas ou circunstâncias que a modifiquem.

Quanto ao crime do art. 148 do CP, atento às circunstâncias judiciais, considerando a culpabilidade acentuada do réu, as circunstâncias do crime, o fato de ter privado por tempo considerável a liberdade da vítima, inclusive levando-a para cidade diversa de seu domicílio, os motivos reprováveis, consistente no desejo de vingança, e que a vítima não contribuiu para o crime, fixo-lhe a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Tendo em vista a circunstância do art. 61, II, *h* (crime cometido contra criança), majoro de 1/6 a pena, tornando-a definitiva no patamar de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, ante a ausência de outras causas ou circunstâncias que a modifiquem.

Em razão do concurso material, fica a pena total concretizada em 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e 7 (sete) meses de detenção, devendo, ambas, ser cumpridas em regime aberto.

Tendo em vista a desclassificação aqui operada e o comando do art. 580 do CPP, estendo os efeitos da decisão ao co-réu Thiago Pinto da Silva e consequentemente passo à dosagem da pena.

Para o delito do art. 129, *caput*, considerando ser altamente reprovável a conduta do réu, que se arvorou em vingador privado, sem nenhum direito a ampará-lo; seus bons antecedentes; a ausência de informações sobre sua conduta social e personalidade; o motivo do crime, o indiscutível desejo de vingança; as circunstâncias e conseqüência foram próprias do tipo; e a inexistência de provas concretas de que a vítima contribuiu para o crime; fixo-lhe a pena-base em 6 (seis) meses de detenção. Tendo em vista a circunstância do art. 61, II, *h* (crime cometido contra criança), majoro de 1/6 a pena, tornando-a definitiva no patamar de 7 (sete) meses de detenção, diante da ausência de outras causas ou circunstâncias que a modifiquem.

Quanto ao crime do art. 148 do CP, atento às circunstâncias judiciais, considerando a culpabilidade acentuada do réu, as circunstâncias do crime, o fato de ter privado por tempo considerável a liberdade da vítima, inclusive levando-a para cidade diversa de seu domicílio, os motivos reprováveis, consistente no desejo de vingança, não tendo a vítima contribuído para o crime, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Tendo em vista a circunstância do art. 61, II, *h* (crime cometido contra criança), majoro de 1/6 a pena, tornando-a definitiva no patamar de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, diante da ausência de outras causas ou circunstâncias que a modifiquem.

Em razão do concurso material, fica a pena total concretizada em 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e 7 (sete) meses de detenção, devendo, ambas, ser cumpridas em regime aberto.

Os acusados não fazem jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos porque os crimes foram cometidos com violência à pessoa, bem como não possuem os requisitos necessários à suspensão condicional da pena, em face da quantidade da pena imposta.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso interposto pela defesa de Valdenir de Abreu Pinto, para desclassificar a infração do art. 1º, I, *a*, c/c § 4º, III, da Lei 9.455/97, para aquela prevista no art. 129, *caput*, e art. 148, *caput*, ambos do Código Penal e para fixar o regime prisional aberto para ambos os crimes e estender a força do julgado ao co-réu Thiago Pinto da Silva.

Custas, na forma da lei.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - De acordo.

DES.ª JANE SILVA - De acordo.

Súmula - PRIMEIRO RECURSO PROVIDO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR E NÃO CONHECIDO O SEGUNDO RECURSO.

...

Crime de desobediência - Ordem de agente de trânsito - Atipicidade - Absolvição - Infração de trânsito - Sanção administrativa

Ementa: Apelação criminal. Desobediência. Absolvição. Possibilidade. Atipicidade da conduta. Agente que não obedece à ordem de parada emanada de agente de trânsito. Infração administrativa prevista no Código de Trânsito Brasileiro. Recurso provido.

- Não se configura, no plano da tipicidade penal, o delito de desobediência se a inexecução de determinada ordem, emanada de servidor público, revelar-se passível de sanção administrativa prevista em lei.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0019.06.012474-0/001 - Comarca de Alpinópolis - Apelante: Alécio José de Carvalho - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FERNANDO STARLING

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade

da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 31 de março de 2009. - *Fernando Starling* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO STARLING - Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivamente aviado.

Cuida-se de apelação interposta por Alécio José de Carvalho contra a sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia e o condenou pela prática do delito de desobediência, aplicando-lhe uma pena de 4 (quatro) meses de detenção, em regime semiaberto, e 50 (cinquenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo.

Pretende o apelante sua absolvição, ao argumento de que sua conduta não se subsume ao previsto no tipo do art. 330 do CP, visto que cometeu uma infração administrativa prevista no art. 195 do CTB.

Passo à decisão.

Alécio José de Carvalho viu-se denunciado como incurso nas sanções do art. 309 do CTB e art. 330 do CP. Segundo a denúncia, no dia 20.04.06, na Praça José de Carvalho Faria, Alpinópolis/MG, o denunciado conduzia veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação, gerando perigo de dano e, em concurso material, desobedeceu à ordem legal de funcionário público. Consta, ainda, que o denunciado conduzia o veículo Ford/Versailes, placa BYH-3949, momento em que, ao passar por uma *blitz*, lhe foi dada ordem de parada pelo policial Daniel Ribeiro de Oliveira. Ao perceber o sinal de parada ordenado pelo policial, o denunciado não atendeu e saiu do local em alta velocidade, sendo seguido pelos policiais que estavam no local, momento em que lograram êxito em abordá-lo e constatar que o mesmo não possuía carteira de habilitação ou permissão para dirigir veículos.

É cediço que o Direito Penal possui caráter fragmentário e subsidiário. Subsidiário, porque somente deverá ser utilizado em último caso, quando as sanções impostas por outros ramos do direito não forem suficientes para resolver a questão, e fragmentário, porque o Direito Penal somente buscará tutelar os bens jurídicos considerados mais valiosos para a sociedade.

Nesse sentido, a lição de Claus Roxin:

> O direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se (in *Problemas fundamentais de direito penal*. Coimbra Editora, 1986, p. 28).

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt, quando a lei extrapenal comina sanção civil ou administrativa e não prevê a cumulação com o art. 330 do CP, não há crime de desobediência:

> Quando a lei extrapenal comina sanção civil ou administrativa, e não prevê cumulação com o art. 330 do CP, inexiste crime de desobediência. Sempre que houver cominação específica para o eventual descumprimento de decisão judicial de determinada sanção, doutrina e jurisprudência têm entendido, com acerto, que se trata de conduta atípica, pois o ordenamento jurídico procura solucionar o eventual descumprimento de tal decisão no âmbito do próprio direito privado. Na verdade, a sanção administrativo-judicial afasta a natureza criminal de eventual descumprimento da ordem judicial. Com efeito, se pela desobediência for cominada em lei específica penalidade civil ou administrativa, não se pode falar em crime, a menos que tal norma ressalve expressamente a aplicação do art. 330 do CP. Essa interpretação é adequada ao princípio da intervenção mínima do direito penal, sempre invocado como *ultima ratio* (in *Tratado de direito penal*. Parte Especial. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007).

O histórico da ocorrência policial noticia:

> Ao efetuarmos sinal de pare ao autor conduzindo o veículo ora apreendido, o mesmo evadiu-se do local em alta velocidade [...] Em rastreamento localizamos o autor [...] (f. 11)

O apelante alega que não parou o veículo porque não ouviu a determinação (f. 30/31).

Contudo, sua alegação é infirmada pelos depoimentos das testemunhas Edinúria Ribeiro Alves, Daniel Ribeiro de Oliveira e Geraldo Magela de Carvalho. Eles atestam que se encontravam em serviço no dia dos fatos, sendo que pelo local passou o apelante conduzindo um veículo e que, dada a ordem para que encostasse o carro, o mesmo não obedeceu ao sinal e saiu em alta velocidade (f. 42/44).

Assim, verifico que não há dúvidas de que o réu não atendeu ao sinal de parada ordenada pelo miliciano, que policiava o trânsito local, evadindo-se, sendo perseguido e abordado posteriormente pelos policiais.

Entretanto, tenho que o apelante não deve ser condenado pelo delito capitulado no art. 330 do CP, porquanto sua conduta se subsume ao art. 195 previsto no CTB.

Não se configura, no plano da tipicidade penal, o delito de desobediência se a inexecução de determinada ordem, emanada de servidor público, revelar-se passível de sanção administrativa prevista em lei.

Dispõe o art. 195 do CTB:

> Desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes:
> Infração - grave;
> Penalidade - multa.

Outro não é o entendimento do colendo Supremo Tribunal de Justiça:

> Ementa: *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, art. 238). Ordem concedida (STF, *HC* 88452/RS, Rel. Ministro Eros Grau, j. em 02.05.06).

Não se pode olvidar que o policial militar que está realizando o patrulhamento ostensivo com a atribuição de fiscalizar e policiar o trânsito é um agente de trânsito. Veja-se:

Consta do anexo I do CTB que agente da autoridade de trânsito é:

> pessoa, civil ou polícia militar, credenciada pela autoridade de trânsito para o exercício das atividades de fiscalização, operação, policiamento ostensivo de trânsito ou patrulhamento.

O art. 23 do mencionado diploma legal prevê:

> Compete às Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal:
> I - (VETADO)
> II - (VETADO)
> III - executar a fiscalização de trânsito, quando e conforme convênio firmado, como agente do órgão ou entidade executivos de trânsito ou executivos rodoviários, concomitantemente com os demais agentes credenciados.

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso interposto, para absolver o apelante do delito previsto no art. 330 do CP, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Custas, como de lei.

DES. EDUARDO BRUM - Acompanho o eminente Relator, sem prejuízo do reexame da questão, futuramente.

DES. JUDIMAR BIBER - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Apropriação indébita - Despachante - Atraso na transferência de veículo - Ausência de dolo - Obrigação contratual - Demora no cumprimento - Atipicidade da conduta - Delito não configurado - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Apropriação indébita privilegiada. Despachante. Atraso na transferência de veículo. Atipicidade da conduta. Absolvição.

- O delito previsto no art. 168 do Código Penal exige a indubitável demonstração do *animus rem sibi habendi*, de forma que o simples atraso no cumprimento de uma obrigação contratual não configura apropriação indébita, máxime quando a mora ocorre por fatos alheios à vontade do agente.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0701.02.014658-8/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Carlos Antônio Pedro - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RENATO MARTINS JACOB

Acórdão

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

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2009. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - Carlos Antônio Pedro interpôs recurso de apelação em face da respeitável sentença de f. 81/88, que julgou procedentes os pedidos constantes da ação penal pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenando o recorrente nas sanções do art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, fixando a pena em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 15 (quinze) dias-multa, na mínima fração legal.

Verificando o cumprimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal, o d. Juízo *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 0,1 (zero) salário mínimo.

Nas razões recursais de f. 99/110, a operosa Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais pugna pela absolvição por atipicidade da conduta, sustentando que os fatos narrados na exordial configuram simples inadimplemento contratual, não consubstanciando qualquer ilícito penal.

Afirma não haver prova da materialidade do delito, insistindo que tudo não passa de um "ato de perseguição", tendo a vítima se irritado com a demora no cumprimento da obrigação contratual cujo pagamento já havia se efetivado.

Aduz, ainda, não haver provas do elemento subjetivo caracterizador do tipo previsto no art. 168 do Código Penal, sendo certo que não foi comprovado que o acusado agiu dolosamente, sobretudo porque o atraso na regularização da documentação do veículo teria ocorrido por circunstâncias alheias à vontade do denunciado.

Noutro giro, afirma que a lesão suportada pela vítima foi insignificante, devendo o acusado ser absolvido pela ausência de tipicidade material e, finalmente, que a pena teria sido exagerada à hipótese.

Pugna, ao final, pela absolvição do acusado por atipicidade, por ausência de prova da materialidade ou do dolo, ou por incidência do princípio da insignificância, ou, alternativamente, a redução da pena-base para o mínimo legal, bem como a concessão dos benefícios da justiça gratuita, com isenção das custas processuais.

Em sede de contrarrazões (f. 112/116), o ilustre Promotor de Justiça rebateu os argumentos recursais e pugnou pela confirmação da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 121/128, opinando pelo desprovimento do apelo.

Nenhuma preliminar foi arguida. A denúncia foi recebida em 04.08.03, tendo a sentença condenatória sido publicada em 23.11.06.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O apelante foi denunciado por infração ao art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, porque, no dia 18.03.02, nas dependências do estabelecimento "Despachante Quirino", valendo-se da posição de despachante credenciado pelo Detran/MG, apropriou-se de R$ 203,00 (duzentos e três reais) destinados ao pagamento de multa e transferência do veículo Ford F-1000 pertencente à vítima Venerando Vitória Júnior.

Assiste razão ao recorrente, *rogata venia*.

Analisando as alegações recursais à luz dos elementos probatórios coligidos aos autos, verifico não estar caracterizado o dolo específico indispensável para a configuração do delito de apropriação indébita.

O tipo previsto no art. 168 do Código Penal exige que o agente se comporte de maneira tal que não haja dúvidas sobre sua intenção de assenhorar-se de coisa alheia móvel, ou seja, de tomar definitivamente para si algo que não lhe pertence - *animus rem sibi habendi*.

Sobre o tema, Júlio Fabbrini Mirabete, com muita propriedade, já lecionava que:

> A vontade de apropriar-se de coisa alheia móvel (*animus rem sibi habendi*) é o dolo do crime. Exige-se o elemento subjetivo do tipo, ou seja, a vontade de ter, como proprietário, a coisa para si ou para outrem, com a vontade de não restituí-la. Está presente o elemento subjetivo do tipo, quando o agente pratica ato incompatível com a possibilidade de ulterior restituição da coisa ou seu emprego ao fim determinado (*Código Penal interpretado*. Atlas, 1999, p. 1.070).

Na hipótese em apreço, a simples demora do denunciado no cumprimento de uma obrigação contratual, definitivamente, não configura o crime de apropriação indébita, porque tal conduta não é capaz de demonstrar, *per se*, a intenção do réu de se apropriar de coisa alheia.

Ao revés, o que se verifica dos autos é que, assim que a documentação foi entregue ao acusado, este buscou providenciar o pagamento das taxas e iniciou o procedimento para regularização do veículo, demonstrando que não tinha a mínima intenção de permanecer ilicitamente com a referida quantia.

Nesse ponto, abro parênteses para ressaltar que, se bem examinado o caso, verifica-se que parte da quantia recebida pelo acusado nem sequer tinha a obrigação de ser devolvida ou repassada para o Detran/MG, já que se tratava dos honorários cobrados pelo despachante para realização de tal serviço, ou seja, era dinheiro que efetivamente pertencia ao réu.

Ora, como bem examinado pela combativa defesa, a contratação dos serviços se deu em 18.03.02, data em que foi realizada a vistoria no veículo (f. 29), oportunidade na qual o acusado também recebeu a quantia de R$120,00 (cento e vinte reais) como "adiantamento para execução dos serviços necessários à regularização da documentação do veículo" (f. 11). Ocorre que o recibo do veículo apresentou rasuras, razão pela qual houve atraso no procedimento de regularização.

Esse fato, aliás, foi esclarecido pela própria vítima:

> [...] pagou pelos serviços a quantia de R$ 120,00 (cento e vinte reais), sendo que ainda que, em virtude de rasura no recibo, foi a ele paga pela vendedora Maria Eugênia Franco Bataglia a quantia de R$ 83,00 (oitenta e três reais); que o referido profissional vem protelando a entrega do mesmo, deixando o declarante no prejuízo (f. 12/13).

O reconhecimento da firma da vendedora do veículo somente se deu em 20.03.02 (f. 30-v.).

A taxa de transferência foi paga em 25.03.02 (f. 34), o licenciamento e o seguro DPVAT foram quitados respectivamente em 25.03.02 e 28.03.02 (f. 27).

Poucos dias depois, em 17.04.02, o acusado iniciou o procedimento para transferência do automóvel, conforme protocolo nº 002072 (f. 32), o qual não foi concluído em virtude de pendência de multas do veículo (f. 29-v.).

A vítima procurou a autoridade policial em 17.05.03, alegando que até aquela data o serviço não havia sido prestado, sendo certo que em 24.05.02 a transferência foi efetivada, conforme se apura da CRLV de f. 38.

Em momento algum, portanto, o recorrido esquivou-se das responsabilidades assumidas, procurando, sempre, dar continuidade à transferência do veículo, demonstrando que, ao contrário do que entendeu a vítima, não tinha intenção de apropriar-se da quantia recebida para realização dos atos de transferência.

Não se nega que o acusado foi multado em 24.05.02, por ter deixado de efetivar o registro da transferência no exíguo prazo de 30 (trinta) dias, conforme se apura à f. 37, o que, certamente, causou transtornos e aborrecimentos. Contudo, a aferição da qualidade e eficiência do serviço prestado pelo réu (ou os prejuízos advindos de sua mora) ultrapassa os estreitos limites da ação criminal.

Repita-se, sob risco de redundância, não houve "apropriação" de dinheiro, mas, simples "protelação" do serviço, o que não configura a elementar do tipo descrito no art. 168 do Código Penal, porquanto não configurada a intenção de apoderamento definitivo de coisa alheia (*animus rem sibi habendi*), mas mero inadimplemento contratual.

No mesmo sentido:

> A apropriação indébita só se configura quando devidamente comprovado que a intenção do agente era apoderar-se da *res*, tornando-se seu dono. Assim, a simples inexecução de serviço contratado não *tipifica* o ilícito capitulado na denúncia (TJSC - AC - Rel. Wladimir D´Ivanenko - *JC* 70/398).

> A simples demora da restituição não chega a configurar o dolo do delito de apropriação indébita, pois este se depreende do *animus rem sibi habendi* (TJSP - AC - Rel. Djalma Lofrano - *RT* 510/349).

> O dolo específico deve ficar iniludivelmente patenteado, vez que a mora ou simples descaso em devolver não configura, por si só, o crime (TACRIM-SP - AC - Rel. Silva Pinto - *JUTACRIM* 93/68).

Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso, absolvendo o réu Carlos Antônio Pedro das imputações contidas na exordial, forte no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HERCULANO RODRIGUES e JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Roubo majorado - Desclassificação do crime para favorecimento real - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Mínimo legal - Circunstâncias atenuantes - Redução - Inadmissibilidade

Ementa: Apelação. Roubo qualificado. Desclassificação para favorecimento real. Impossibilidade. Prática conjunta de atos executórios. Coautoria caracterizada. Circunstância atenuante. Impossibilidade de incidência quando a pena-base for fixada no mínimo legal. Súmula 231 do STJ. Precedentes do STF.

- Inviável a desclassificação para o delito de favorecimento real quando comprovado que o recorrente praticou atos executórios do crime do art. 157 do Código Penal, com ajuste prévio e concorrência de condutas caracterizadoras da subtração patrimonial violenta.

- A atuação em órgão colegiado do Poder Judiciário impõe a observância da interpretação adotada pela maioria dos Desembargadores, segundo a qual correta está a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça que veda a possibilidade de a circunstância atenuante conduzir a redução da pena aquém do mínimo legal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.02.034754-2/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Rafael Oliveira Ferreira - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 3 de março de 2009. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Rafael Oliveira Ferreira visando à reforma da sentença que o condenou às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa pelo cometimento do delito previsto no art. 157, § 2°, I e II, do CP.

A instrução transcorreu normalmente e, ao final, sobreveio a sentença hostilizada que condenou o apelante pelo crime de roubo e absolveu os demais denunciados por ausência de prova (f. 240/246).

Pugna o apelante pela desclassificação do roubo para favorecimento real, subsidiariamente, a redução da pena e o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade (f. 270/271).

Após o oferecimento das contrarrazões recursais, foi aberta vista à Procuradoria de Justiça, que opinou pelo desprovimento do recurso (f. 274/278 e 280/283).

Conclusos, determinei o retorno do feito à comarca de origem para o cumprimento de diligências em primeira instância.

É o relatório.

Conheço do recurso em face do ajuste legal.

Não assiste razão ao apelante quando pugna pela desclassificação para o crime de favorecimento real.

A vítima, ouvida em Juízo, confirma que o apelante o abordou usando uma arma de fogo, subtraindo-lhe a carteira, o telefone e ficando com seu veículo - f. 158.

O próprio acusado confessa sua participação no delito do art. 157 do diploma penal, embora alegue que o menor infrator R. era quem portava a arma de fogo e ameaçava a vítima.

Não há nenhuma outra prova nos autos a indicar participação posterior à consumação do crime, restando claro o ajuste antecedente e a contribuição configuradora de coautoria, face à prática de atos executórios do delito patrimonial em testilha.

A doutrina já pacificou o entendimento de que, para se caracterizar o delito de favorecimento real, deve ser comprovado o auxílio para assegurar o proveito na prática do crime, sem ajuste prévio, o que, *in casu*, não ocorreu.

Nesse sentido, o penalista José Henrique Pierangeli:

> É inegável que a doutrina moderna já elaborou, em definitivo, uma regra de que só é possível haver participação enquanto o injusto não se tenha executado. Terminada a execução do delito, já não mais será possível a participação, e somente se poderá cogitar da possibilidade de adequação de uma conduta a tipos independentes definidores de condutas de favorecimento, como ocorre com os arts. 180, 348 e 349 do nosso Código Penal (*Escritos jurídico-penais*, p. 78).

Também a jurisprudência:

> Aquele que, ciente da origem criminosa da coisa, é surpreendido ao efetuar o transporte da mesma não responde pelo delito antecedente, já que é inadmissível o concurso de agentes após a consumação, enquadrando-se esta conduta, porém, na figura do favorecimento real (TACrimSP- AC 306359 - Rel. Juiz Renato Mascarenhas).

A diferença, portanto, entre o delito de participação em roubo e o de favorecimento real é que, no primeiro, o agente idealiza o auxílio antes mesmo de ocorrer a prática delitiva e, no segundo, a cumplicidade surge após a consumação da subtração patrimonial.

No caso em tela, as provas indicam concorrência de condutas para a consumação do roubo, devendo ser citado que, inclusive, o apelante ameaçou a vítima com a arma de fogo, de acordo com relato já mencionado.

A condenação pelo delito do art. 157, § 2°, I e II, do Código Penal deve ser mantida.

Quanto ao pedido de diminuição da pena-base aquém do mínimo legal, não pode ser acolhido.

Registro, inicialmente, que sempre me posicionei favoravelmente à tese supramencionada, restando invariavelmente vencido na então Segunda Câmara Criminal do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

É que os meus Pares seguem rigidamente o que dispõe a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal".

Por entender que a atuação em órgão colegiado impõe o respeito à decisão da maioria, passei a adotar o mesmo posicionamento dos doutos colegas magistrados, aplicando a referida súmula e não aceitando que a pena possa ser reduzida aquém do mínimo legal por força de circunstância atenuante.

Assim, coerente com a mudança de posicionamento supramencionada, deixo de acolher a pretensão do apelante, mantendo a sentença monocrática inalterada.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA CELESTE PORTO e HÉLCIO VALENTIM.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Apropriação indébita - Configuração - Pensão alimentícia - Desconto em folha de pagamento - Ausência de repasse - Ressarcimento do prejuízo - Irrelevância

Ementa: Apelação criminal. Apropriação indébita. Continuidade delitiva. Réu condenado. Inconformismo. Crime configurado. Absolvição. Inviabilidade.

- Na apropriação indébita, o que a lei pune é a desautorizada inversão da posse. "O agente recebe a coisa sem clandestinidade, violência ou fraude, mas, depois, *motu proprio*, passa a se comportar em relação a ela como se dono fosse" (*JUTACrim* 91/247). Situação, aqui, vislumbrada em descontos determinados judicialmente, à guisa de pensão alimentícia, em folha de pagamento de empregado, mas não repassados, ao longo de vários meses, a quem de direito, submetido o destinatário, como por ele próprio afirmado, a permanentes e seguidas "enrolações" partidas do empregador de quem se descontara.

- Má situação financeira, dita existente à época, não desfigura o crime, se descontos aconteceram, sem o devido repasse, sabendo-se, mais: "Orientação firmada nesta Corte e no Excelso Pretório, no sentido de que, consumado o crime de apropriação indébita, o ressarcimento do prejuízo não afasta o caráter ilícito do fato, servindo tão somente para atenuar a pena" (STJ).

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0637.06.035391-8/001 - Comarca de São Lourenço - Apelante: Walter Dutra Marques - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2009. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Conheço do recurso interposto, porque presentes os pressupostos de admissibilidade a tanto necessários.

Walter Dutra Marques foi denunciado pelo Ministério Público por alegada prática do crime de apropriação indébita, a merecer punição mais avantajada, tanto à luz do art. 168, § 1°, inciso III, do Código Penal, quanto diante da continuidade delitiva em que se houve, porque, nos termos da inicial, no correr do ano de 2005, teria se apropriado indevidamente de valores referentes à pensão alimentícia, descontados em folha de seu empregado Luiz Sérgio de Oliveira, mas não repassados a quem de direito (f. 2/3).

Condenado na forma da exordial (f. 102/108), ele recorreu (f. 111), buscando ser absolvido, sob o argumento de não ter agido com dolo - nunca tivera a intenção de se apropriar de valores -, ocorrendo, sim, uma falha no cumprimento dos compromissos de sua empresa, então passando por dificuldades financeiras, com dívidas junto a fornecedores e ainda pagando com atraso os salários de seus empregados. Assim, na medida em que "os salários não foram pagos, consequentemente também não houve desconto. Se não houve desconto, não houve apropriação" (f. 117/121).

A esse ponto, apesar dos ingentes esforços de sua defesa, tem-se que o delito anunciado pelo órgão ministerial realmente se consumou, esclarecendo o próprio réu "que está descontando tal valor do pagamento de seu funcionário [...]" (f. 12), com admissão de que falhara ao não depositá-lo, "mensalmente, na conta do filho do empregado Luiz Sérgio [...]" (f. 24).

Tudo isso guardando sintonia com dizeres deste (f. 13 e 78), da mãe da criança (f. 7 e 76/77) e de boletim de ocorrência (f. 6), não se prestando a sua alegada má situação financeira, à época, a livrá-lo da incriminação. E nem devendo ser vista como apenas "uma falha" de sua parte a atitude de "enrolar, seguidamente treze vezes", a mãe do beneficiário da pensão alimentícia em tela (f. 6, 7 e 76/77).

Anote-se:

> Apelação criminal. Crime contra o patrimônio. Apropriação indébita qualificada. Inteligência do art. 168, § 1°, inciso III, do diploma repressivo. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Inexistência de nulidade pela falta de perícia. Prática do crime evidenciada por outros meios de provas, notadamente pela confissão do réu. Agente que, se valendo da condição de [...] confiança em si depositada, apropria-se de valor [...] que deveria ser repassado [...]. Absolvição impossível. Condenação mantida. Recurso desprovido (TJSC - 1ª Câmara Criminal - Ap. Criminal n° 2005.016632-7 - Rel. Des. Solon D'Eça Neves - j. em 06.12.05).

Também:

> A reparação do dano não elimina a figura penal da apropriação indébita (STF - *RHC* - Rel. Min. Rafael Mayer - *JUTACrim* 71/443).

> Orientação firmada nesta Corte e no Excelso Pretório, no sentido de que, consumado o crime de apropriação indébita, o ressarcimento do prejuízo não afasta o caráter ilícito do fato, servindo tão-somente para atenuar a pena (STJ - 5ª Turma - *RHC* n° 8.313 - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - j. em 17.06.99 - *DJU* de 16.08.99, p. 78).

Assim convicta, nego provimento ao recurso interposto, mantida a respeitável sentença de 1° grau, por seus próprios fundamentos.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES VIEIRA DE BRITO e RENATO MARTINS JACOB.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Ausência de munição - Irrelevância - Perigo abstrato - Tipicidade - Pena de multa - Fixação - Princípio da proporcionalidade - Confissão espontânea - Reincidência - Compensação - Circunstâncias judiciais - *Quantum* inferior a quatro anos - Regime semiaberto - Possibilidade

Ementa: Penal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Condenação. Irresignação defensiva. Pedido absolutório por atipicidade de conduta. Arma desmuniciada. Inadmissibilidade. Delito de perigo abstrato. Crime de mera conduta. Mantida a condenação. Ajuste da pena de multa. Princípio da proporcionalidade. Compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Ajuste das penas. Alteração do regime para o semiaberto. Súmula 269 do STJ. Recurso parcialmente provido.

- O delito de portar arma de fogo de uso permitido, mas sem autorização legal, é crime de perigo abstrato ou presumido e, portanto, independe de estar a arma municiada ou não e dispensa a demonstração efetiva de uma situação concreta de risco.

- A pena de multa deve obedecer ao mesmo critério para a fixação da reprimenda corporal, diante do princípio da proporcionalidade.

- A confissão espontânea e a reincidência são circunstâncias que sempre se compensam não se devendo falar em preponderância de qualquer uma delas.

- Tratando-se de acusado reincidente, com pena inferior a quatro anos, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 CP, impõe-se a alteração do regime de cumprimento da reprimenda para o semiaberto, nos termos da Súmula nº 269 do STJ.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0313.05.176092-1/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Rui Madeira Pereira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PEDRO VERGARA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 20 de janeiro de 2009. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra Rui Madeira Pereira, como incurso nas sanções do art. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) da Lei nº 10.826/03.

Narra a denúncia que, no dia 18 de agosto de 2005, por volta das 21h50min, no local denominado Rua Quiruá, próximo ao nº 53, Bairro Vila Celeste, na Comarca de Ipatinga, o apelante portava um revólver marca Rossi, calibre 38, nº de série AA738391, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, tudo como consta do anexo inquérito policial (f. 02/04).

Recebida a denúncia, o apelante foi devidamente citado e interrogado, apresentando a defesa preliminar de f. 41 e, ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, nada requereram estas em diligências (f. 31, 37/37-v., 39 e 51/55).

Nas alegações finais, pede o Órgão Ministerial a condenação nos termos da inicial, rogando a defesa a fixação da pena no mínimo legal, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a aplicação do regime aberto e os benefícios da justiça gratuita (f. 56/58 e 62/65).

Proferida a sentença, foi o recorrente condenado nas sanções do art. 14 da Lei 10.826/03, à pena de 2 (dois) anos e 4 meses de reclusão e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, no regime fechado (f. 70/72).

Inconformada com a decisão, recorreu a defesa, pretendendo a absolvição por atipicidade da conduta do apelante, já que a arma estava desmuniciada, ou, alternativamente, a modificação do regime prisional, rogando o Ministério Público o desprovimento do pleito, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo parcial provimento do recurso, tão-somente para permitir o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto (f. 79/80, 83/88 e 92/96).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade - Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para sua admissão.

II - Das preliminares - Inexiste na espécie qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

III - Do mérito - Cuida-se do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 14 da Lei nº 10.826/2003.

Cinge-se a questão à análise da possibilidade de absolvição do apelante por atipicidade de sua conduta, já que a arma estava desmuniciada, ou, alternativamente, a modificação do regime prisional.

Verifica-se que a materialidade se encontra suficientemente comprovada através do auto de prisão em flagrante de f. 06/09, do boletim de ocorrência de f. 11/13, do auto de apreensão de f. 19 e, finalmente, pelo laudo pericial de f. 23.

A autoria é inconteste nos autos, uma vez que o apelante confessou a propriedade da arma e seu uso em via pública, ratificado pela prova testemunhal produzida (f. 39 e 52/55).

Aduz a defesa que a arma em poder do apelante se encontrava desmuniciada e, portanto, não poderia produzir nenhum dano a terceira pessoa.

Data venia, razão não o socorre, pois portar arma de fogo é crime de perigo abstrato e de mera conduta, bastando que o agente esteja portando arma de fogo, sem autorização e em desacordo com determinação legal, pouco importando o resultado.

Não é exigido pelo tipo penal que tenha o agente causado perigo a pessoa ou coletividade. Nesta esfera, o perigo abstrato ou presumido dispensa a demonstração efetiva de que a vítima ficou exposta a uma situação concreta de risco.

A lei presume, de forma absoluta, a existência do risco causado à sociedade por parte daquele que, sem autorização, porta arma de fogo, acessórios ou munição.

Objetiva, portanto, a norma penal proteger a incolumidade pública, evitando que seja exposta a qualquer risco de lesão.

Segundo o dicionário Aurélio, incolumidade provém de incólume, que significa "livre de perigo", "são e salvo", "intato", ou, ainda, "ileso". Portanto, pretende o legislador proteger de maneira abrangente a segurança de toda a coletividade ainda no seu estágio inicial, objetivando que o ato de portar arma de fogo, ainda que desmuniciada, não evolua até se transformar em efetivos ataques.

Ademais, atestou-se a eficiência da arma de fogo pela perícia de f. 23, sendo certo que o apelante poderia municiá-la e praticar crimes contra a vida e ainda utilizá-la para efeito intimidativo, como nos delitos de roubo, extorsão, etc.

Nesse ponto, valho-me dos ensinamentos de Fernando Capez, que assim preleciona:

> Não há dúvidas de que um fato para ser típico necessita produzir um resultado jurídico, qual seja, uma lesão ao bem jurídico tutelado. Sem isso não há ofensividade, e sem esta não existe crime. Nada impede, no entanto, que tal lesividade esteja ínsita em determinados comportamentos. Com efeito, aquele que se dispõe a circular pelas vias públicas de uma cidade ilegalmente armado ou dispara uma arma de fogo a esmo está reduzindo o nível de segurança da coletividade, mesmo que não exista uma única pessoa por perto. A lei pretende tutelar a vida, a integridade corporal e a segurança das pessoas contra agressões em seu estágio embrionário. Pune-se quem anda armado ou quem atira sem direção para se reduzir a possibilidade de exposição das pessoas ao risco de serem mortas ou feridas. É possível que no momento em que o agente foi flagrado não houvesse ninguém nas proximidades, mas isso não significa que, não sendo coibida a conduta, tal não acabe ocorrendo. Exigir perigo concreto e comprovado, para tais infrações, implicaria tolerar a prática de comportamentos perniciosos e ameaçadores à sociedade. Entretanto, isso não significa dizer que crime sem resultado jurídico, pois a conduta, mesmo sem a comprovação de perigo concreto a alguém determinado, foi idônea, ou seja, apta a reduzir o nível de segurança da coletividade.

No mesmo sentido, confira-se o julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> O desmuniciamento da arma não conduz à atipicidade da conduta, bastando, como basta, para a caracterização do delito, o porte de arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (STJ - R*HC* 17561/DF - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - j. em 28.06.05).

Outro não é o entendimento deste Tribunal:

> Arma de fogo - Porte ilegal - Art. 16 da Lei 10.826/2003 - Arma desmunciada - Exame comprobatório de sua eficiência - Meio idôneo para ofender a integridade física de terceiros - Existência de perigo abstrato - Intenção do legislador foi impedir o porte, o manuseio ou a guarda de artefato pelo cidadão que não tenha autorização. - Caracteriza-se crime de porte ilegal de arma de fogo o simples guardar ou portar arma de fogo sem a indispensável autorização, mesmo em se tratando de artefato desmuniciado, uma vez que, para a configuração desse delito, basta o perigo abstrato, sendo irrelevante que a arma de fogo seja capaz de disparar. Ademais, a intenção do legislador foi impedir o porte, o manuseio ou sua guarda pelo cidadão que não tenha obtido autorização para tal. (Apelação Criminal nº 1.0024.04.462442-7/001, Rel. Des. Paulo Cezar Dias, 3ª Câmara Criminal do TJMG, *DJ* de 13.06.2007.)

> Estatuto do Desarmamento - Porte ilegal de arma de fogo - Pedido de absolvição por atipicidade - Arma desmuniciada - Irrelevância - Caracterização do delito - Recurso improvido. - O fato de a arma encontrar-se desmuniciada não descaracteriza a conduta tipificada no art. 14 da Lei nº 10.826/03, porquanto se trata de crime de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a segurança coletiva ou a incolumidade pública. (Apelação Criminal nº 1.0074.05.028045-7/001, Rel. Des. Edelberto Santiago, 1ª Câmara Criminal do TJMG, *DJ* de 26.02.2008.)

> Porte ilegal de arma de fogo - Art. 14 da Lei 10.826/03 - Arma desmuniciada. Irrelevância para a caracterização do delito. Tipicidade reconhecida. - O porte ilegal de arma de fogo é crime formal e de perigo abstrato, não exigindo resultado naturalístico, consumando-se com o porte pelo agente sem autorização do poder público ou permissão legal, irrelevante para a tipicidade se a arma estava desmuniciada [...]. Recurso conhecido e desprovido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0002.04.001565-9/001 - Rel. Des. Gudesteu Biber - Pub. em 21.06.2006.)

Portanto, afasta-se a possibilidade de absolvição do apelante por atipicidade da conduta.

No que tange às reprimendas aplicadas ao recorrente, verifica-se que o Magistrado primevo estabeleceu na primeira fase de fixação das penas a reprimenda corporal no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão e a multa em 12 (doze) dias-multa, necessitando redução dessa última, uma vez que desproporcional àquela.

De igual modo, merece um pequeno reparo a reprimenda na segunda fase de fixação das penas a beneficiar o apelante, pois a confissão espontânea e a reincidência são circunstâncias que sempre se compensam, não se devendo falar em preponderância de qualquer uma delas.

Em conseqüência, passo a reestruturar-lhe a pena, da seguinte forma: Na primeira fase: Atendendo à culpabilidade normal do apelante, aos seus antecedentes (certidão de f. 66/68), que se mostram favoráveis (considerando, portanto, como toda condenação transitada em julgado, que não configura a reincidência), à sua conduta social e personalidade, que não foram apuradas, aos motivos inerentes à infração, às circunstâncias e às conseqüências, que não merecem registros, ressaltando que inexiste vítima *in casu*, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, atualizando-se, na forma da lei.

Na segunda fase, reconhecida a atenuante da confissão espontânea e sendo o apelante reincidente, consoante se verifica da certidão de antecedentes de f. 66/68, tenho uma pela outra para em nada alterar as penas.

A final, na terceira fase: fica a pena definitivamente fixada em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, atualizando-se, na forma da lei, uma vez que inexistentes causas de diminuição ou de aumento de pena.

Em face do *quantum* da pena e da análise favorável acerca das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, razão assiste à defesa em seu pleito de alteração do regime de cumprimento da reprimenda para o semiaberto, visto que, apesar de ser o apelante reincidente, sua pena é inferior a quatro anos, fazendo-se a incidência, *in casu*, da Súmula nº 269 do STJ, que determina:

> Súmula 269 do STJ - É admissível a adoção de regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Conforme análise supra, todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao apelante, justificando a alteração do regime prisional para o semiaberto.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

> [...] Fixada a pena do réu reincidente em *quantum* inferior a quatro anos, possuindo circunstâncias medianamente favoráveis, na esteira da Súmula nº 269 do STJ, mostra-se recomendável estabelecer o regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda corporal. Recursos improvidos. (Apelação Criminal nº 2.0000.00.426125-0/000, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, 2ª Câmara Mista do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, *DJ* de 27.03.2004.)

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reestruturar a pena de multa e compensar na segunda fase de fixação das reprimendas a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reestruturando as penas do apelante Rui Madeira Pereira para 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, atualizando-se, na forma da lei, e para conceder-lhe a alteração do regime de cumprimento de pena para o semiaberto, mantidas as demais cominações legais.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e MARIA CELESTE PORTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Pena de multa - Execução - Ministério Público - Legitimidade - Competência - Juízo da Execução Penal

Ementa: Pena de multa. Execução. Ministério Público. Legitimidade.

- A Lei nº 9.268/96, que alterou a redação do art. 51 do CPB, não retirou o caráter penal da sanção pecuniária, tendo apenas estabelecido que a pena de multa será considerada como dívida de valor, aplicando-se-lhe o procedimento adotado para a cobrança das dívidas ativas (Lei 6.830/80). Diante disso, a execução da reprimenda de multa permanece sob a competência do juízo da execução penal e a legitimidade para promovê-la continua sendo do órgão do Ministério Público.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0000.08.481368-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Arisnaldo Costa de Oliveira - Relator: DES. VIEIRA DE BRITO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2009. - *Vieira de Brito* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VIEIRA DE BRITO - Trata-se de agravo de execução, interposto pelo ilustre Representante do Ministério Público, Dr. Marco Antônio Picone Soares, contra a decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Belo Horizonte - MG, que considerou o citado órgão parte ilegítima para propor ação de execução da pena de multa imposta ao agravado, em face da alteração promovida pela Lei 9.268/96 ao art. 51 do Código Penal (f. 12).

Alega o douto Promotor que continua sendo do *Parquet* a competência para referida execução, uma vez que apenas o procedimento foi alterado, mas não a competência para o mesmo. Assevera que o caráter da multa continua sendo de sanção, não tendo características de crédito tributário. Assim, pugna pelo conhecimento e provimento do agravo interposto, a fim de anular a decisão que indeferiu a petição de execução da pena de multa (f. 02/07).

Contrarrazões apresentadas, pugnou o agravado pela manutenção da decisão objurgada (f.15/18).

O MM. Magistrado *a quo* não se retratou do *decisum* proferido (f. 21/22).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. José Alberto Sartório de Souza, opinou pelo provimento do recurso (f. 25/30).

É o relatório.

O presente tema vem sendo objeto de controvérsia nos diversos pretórios do País, e, atento aos entendimentos manifestados, filio-me àquele que considera deter o Ministério Público plena legitimidade para promover a execução da pena de multa.

A meu ver, a modificação introduzida pela Lei 9.268/96 teve por escopo simplesmente impedir que houvesse a conversão da pena de multa em prisão, não havendo qualquer alteração no tocante à natureza penal da reprimenda pecuniária ou à legitimidade do órgão ministerial para promover a sua execução.

A pena de multa, ainda que considerada dívida de valor, não teve modificada a sua natureza de sanção penal, continuando esta vinculada ao princípio da intranscendência.

Com efeito, se fosse a multa tida como mera dívida de valor, a cobrança poderia ser efetuada contra os sucessores do condenado, o que ofende o princípio previsto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, segundo o qual "nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente".

Assim, permanece a competência do representante do Ministério Público para promover a execução das sanções criminais, dentre elas as penas de multa, devendo-se atentar para o fato de que a única modificação implementada pela Lei 9.268/96 foi com relação ao procedimento a ser adotado para a cobrança da multa penal, a qual será regida pelas normas da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80).

Acerca do tema, elucida o renomado Professor Júlio Fabbrini Mirabete:

> Nesses termos, deve-se concluir que a multa, após o trânsito em julgado, continua a ser uma sanção penal e que, portanto, diante da Lei de Execução Penal, o titular da ação executiva da multa é o Ministério Público e é competente para apreciá-la o juiz encarregado da execução penal. Não trouxe a nova lei alteração na competência para a execução da multa, e poderia tê-lo feito, e a expressão será considerada implica apenas a idéia de assemelhação e não de transformação, de desnaturação de um fato penal por outro, meramente fazendário. A única alteração de fundo havida diz respeito à adoção de novo rito procedimental destinado a proporcionar ao Estado-Administração, na busca da persecução criminal, uma mais célere e efetiva cobrança da pena imposta, de modo a fazer o agente cumprir a retribuição estatal (*Execução penal*. 9. ed., Ed. Atlas, p. 594).

Outro não vem sendo o entendimento manifestado pelos pretórios do País, *verbis:*

> Pena de multa. Leis 9.268/96 e 6.830/80. Legitimidade do Ministério Público. Competência do juízo da execução. - A Lei nº 9.268/96, ao modificar o art. 51 do CP, não alterou o caráter penal da sanção pecuniária. Apenas estipulou que a pena de multa será considerada como dívida de valor, com aplicação das normas referentes à Lei nº 6.830, no que tange ao seu processamento. As duas situações são perfeitamente harmonizáveis, ou seja, a execução no juízo criminal pelo Ministério Público, adotando-se as regras. Cassada a sentença que extinguiu processo por carência de ação. (6 f.) (Apelação Criminal nº 70002974913/ TJRS, Rel. Nereu José Giacomolli, j. em 22.05.02).
>
> A redação dada ao art. 51 do CP pela Lei nº 9.268/96 não autoriza concluir que a reprimenda pecuniária foi transformada em simples débito monetário, perdendo a sua natureza sancionatória, antes, leva ao entendimento de que a expressão 'dívida de valor' foi empregada com o sentido de que a multa terá ou receberá o mesmo tratamento do crédito fiscal, aplicando-se à ação de execução o mesmo regime processual da execução fiscal, ou seja, o da Lei nº 6.830/80, de modo que resta inalterado o art. 164 da Lei de Execução Penal, o qual confere legitimidade ao Ministério Público para promover, perante a Vara das Execuções Criminais, a cobrança do valor de multa (*RJDTACrim* 34/56).

Com tais considerações, dou provimento ao agravo interposto, para declarar a legitimidade do Ministério Público para promover a execução da pena de multa, determinando seu prosseguimento, nos termos em que requerido.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e HERCULANO RODRIGUES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Menor - Ato infracional análogo a homicídio qualificado - Sentença condenatória - Medida socioeducativa - Internação provisória - Ausência de ilegalidade - *Habeas corpus* - Inadmissibilidade

Ementa: *Habeas corpus*. Menor infrator. Procedência da representação. Cometimento de atos infracionais análogos aos delitos de homicídio qualificado. Imposição de internação provisória. Alegação de ausência de justa causa. Matéria superada. Sentença condenatória prolatada. Inviabilidade da pretensão.

- Se já houve prolação de sentença, em que foi imposta ao paciente-adolescente a medida socioeducativa de internação, não se vislumbra nesta estreita via qualquer arbitrariedade ou constrangimento ilegal no decisório. A discussão acerca de ausência de justa causa, se já prolatada a sentença, só se torna viável na via recursal.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.08.483306-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Paciente: Menor infrator - Autoridade coatora: Juiz de Direito da Vara Infracional da Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte - Relatora: DES.ª MÁRCIA MILANEZ

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 DENEGAR O *HABEAS CORPUS*.

Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2009. - Márcia Milanez - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - A ilustre Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais impetra a presente ordem de habeas corpus, com pedido de liminar, em favor do menor infrator L.P.S.A., alegando estar este sofrendo de constrangimento ilegal da parte do preclaro Juiz da Vara Infracional da Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte.

Elucida o defensor-impetrante que não se encontram presentes *in casu* os requisitos previstos no art. 174 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que autorizam a internação provisória.

Nesss termos, requerem a concessão da ordem, com a imediata soltura do menor (f. 02/06).

Instruiu a impetração com as cópias processuais de f. 07/126.

A liminar foi indeferida à f. 131, pelo Des. Antônio Carlos Cruvinel.

Requisitados informes, foram eles prestados pelo insigne Magistrado, Dr. José Honório de Rezende (f. 139/141), com documentos (f. 142/147).

O Ministério Público de 2º grau, em parecer da lavra do eficiente Procurador de Justiça, Dr. José Alberto Sartório de Souza, recomenda a denegação da ordem (f. 157/160).

É o breve relatório. Passa-se à decisão.

Verificando os autos, entende-se que não deve prosperar a pretensão dos impetrantes, por diversas razões.

Procedeu-se à representação do menor L.P.S.A., como incurso no ato infracional análogo ao delito do art. 121, § 2º, inciso IV, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, porque, no dia 13.04.08, por volta das 19h40min, o menor juntamente com outro adolescente, agindo com evidente *animus necandi*, efetuaram 6 (seis) disparos de arma de fogo contra a vítima Marcos Jesus dos Santos Júnior, de 17 anos de idade, causando-lhe as lesões descritas no exame de necropsia, causa suficiente de sua morte.

Saliente-se que as provas revelam indícios suficientes de autoria.

Nesse contexto, não há que se falar em ilegalidade da prisão, não cabendo aqui, por via de *habeas corpus*, realizar qualquer análise meritória. Tal questão deverá ser analisada no curso da instrução criminal, e não nos estreitos limites de cognição do *writ*, incompatível com a ampla dilação probatória, além do que implicaria a supressão de um grau de jurisdição, estando o feito na fase da instrução.

Cumpre dizer que o *habeas corpus* não é o meio adequado para discutir acerca do acerto ou não da r. decisão (f. 72), que determinou a internação provisória do paciente sob o fundamento de ser o ato infracional grave e de que a liberdade dos representados atentaria contra a ordem pública.

Limita-se o presente *writ*, portanto, à análise da suposta ilegalidade na medida de exceção, o que, a meu ver, inocorre no caso presente.

Isso porque, ao determinar a medida, o insigne Magistrado atentou enfaticamente para a necessidade da internação do menor, elencando as razões de seu convencimento (f. 72), destacando as necessidades psicológicas da medida, sendo oportuna a transcrição do seguinte trecho:

> [...] Compulsando dos autos, verifica-se que, de fato, trata-se de ato gravíssimo, uma vez que a ação dos representados, em tese, teria ceifado a vida da vítima, evidenciando a situação de risco a que os mesmos estão submetidos.
> O adolescente F.L. confessou os fatos em sede policial, bem como narrou a participação do co-representado L.P., o que foi coadjuvado pelas provas testemunhais colhidas na fase inquisitiva. Dessa forma presentes os cogentes indícios de autoria.
> A materialidade encontra-se comprovada pelo exame de corpo de delito juntado.
> Insta registrar que ambos os representados já possuem passagens infracionais anteriores, inclusive com aplicação de medida em meio aberto, que, diante da reiteração, a princípio, se mostram ineficazes.
> Possível vislumbrar que a liberdade dos representados vem atentando contra a ordem pública, sendo assim necessária a decretação da custódia provisória, até mesmo para resguardo da própria segurança e integridade física, psíquica e social dos mesmos (f. 72).

Assim, extrai-se claro como luz meridiana que a r. decisão se encontra perfeitamente fundamentada, narrando expressamente o motivo pelo qual entendeu ser necessária a medida cautelar, não possuindo qualquer vício que pudesse macular o ato.

Ademais, há fortes elementos de convicção no sentido de que L.P.S.A. participou do ato infracional análogo ao crime de homicídio qualificado, além de possuir diversas outras passagens pela Polícia, o que impõe a manutenção da custódia, nos termos do art. 174 (parte final) do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Note-se, finalmente, que a dinâmica Juíza, Dr.ª Valéria da Silva Rodrigues, informa ter sido prolatada a respectiva sentença condenatória do paciente à medida socioeducativa de internação (f. 154/155).

Não há, assim, como acolher a tese de constrangimento ilegal.

Ante o exposto, denego a ordem impetrada.

Sem custas.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS e JUDIMAR BIBER.

Súmula - DENEGADO O *HABEAS CORPUS*.

...

Pronúncia - Tribunal do Júri - Julgamento - Excesso de prazo - Não ocorrência - *Habeas corpus* - Denegação da ordem - Art. 418 do Código de Processo Penal - Desaforamento - Possibilidade

Ementa: *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Réu pronunciado. Demora no julgamento. Soltura. Falta de amparo legal. Possível desaforamento.

- Impossível reconhecer excesso de prazo na formação da culpa quando, após pronúncia, a data designada para o Júri é a primeira possível, mormente porque o art. 418 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei Federal 11.689/08, permite pedido de desaforamento em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia, pedido, no entanto, que depende do interesse da própria defesa.

Denegado o *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.09.489339-3/000 - Comarca de Ribeirão das Neves - Pacientes: Fábio Ribeiro de Andrade, Cleiton Geraldino Pedra, Davidson Cristiano Vieira - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal do Tribunal do Júri da Comarca de Ribeirão das Neves - Relator: DES. JUDIMAR 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 DENEGAR O *HABEAS CORPUS*.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2009. - Judimar Biber - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Vinícus Marcondes dos Santos, advogado inscrito na OAB/MG, em favor de Fábio Ribeiro de Andrade, Cleiton Geraldino Pedra e Davidson Cristiano Vieira, ao fundamento de que haveria excesso de prazo na formação da culpa, já que os pacientes estariam presos desde 20.01.08, devidamente pronunciados que foram em 28.08.08, sustentando a existência da imoderada data de designação do Júri para 16.10.09.

O pedido liminar foi indeferido, seguindo-se informações da indigitada autoridade coatora.

A douta Procuradoria de Justiça, nesta Instância, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Passo ao voto.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram presos, sendo denunciados como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, I e VI, do Código Penal.

O douto Juízo de 1º grau, ao prestar suas informações, elucidou que os pacientes se encontram segregados por prisão em flagrante ocorrida em 31.01.08, recebida a denúncia e a regular instrução, sobreveio decisão de pronúncia em 28.08.08 e designação de julgamento para o primeiro dia livre da pauta de julgamento em 16.10.09.

O alegado excesso de prazo para a designação do julgamento não teria sustentação porque aprioristicamente não há um prazo ordinário para, após a pronúncia, se designar a sessão de julgamento plenário do Tribunal do Júri, mesmo porque há uma série de procedimentos necessários para concluir o processo, até que se chegue ao momento processual para se designar data de julgamento, de modo que o prazo apenas está adstrito ao princípio da razoabilidade.

Ora, se a primeira data possível foi para a data apontada pela indigitada autoridade coatora, isso apenas revela a completa e imoderada falta de estrutura para a realização de maior número de Júris nesta Capital, situação, no entanto, que não justifica a soltura pretendida, mormente quando o art. 418 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei Federal 11.689/08, permite pedido de desaforamento em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

A questão então será de verificar se a defesa tem real interesse no próprio desaforamento, considerando as comarcas onde se mostre possível o julgamento, tornando patente que sua pretensão de liberdade não tem amparo na legalidade esperada.

Diante do exposto, denego a ordem impetrada.

Sem custas, nos termos do art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO STARLING e MÁRCIA MILANEZ.

Súmula - DENEGADO O *HABEAS CORPUS*.

...

Execução da pena - Progressão de regime - Exame criminológico

Ementa: Agravo em execução - Realização de exame criminológico para progressão de regime - Critério do juiz - Recurso desprovido

- É possível a determinação de exame criminológico no condenado para fins de progressão de regime, quando o Juiz da execução entender que a medida é necessária. Não atendidos os requisitos subjetivos e objetivos para a progressão do regime fechado para o semiaberto, deve ser mantida a decisão indeferitória proferida no Juízo de origem.

- Agravo desprovido.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0000.09.489510-9/001 - Comarca de Contagem - Agravante: Tiago Ribeiro Santos - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de março de 2009. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - Trata-se de agravo em execução interposto pelo reeducando Tiago Ribeiro Santos contra a r. decisão da MM.ª Juíza da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem, que indeferiu seu pedido de progressão de regime, ao entendimento de que o apenado não atendeu aos requisitos subjetivos para ser agraciado com a benesse, conforme exame criminológico realizado.

Em resumo, afirma-se, na minuta recursal, que a Lei nº 10.792/03 aboliu a exigência do exame criminológico, bastando lapso temporal e atestado de boa conduta carcerária firmada pela il. autoridade responsável, não cabendo ao douto Juízo responsável pela execução criar requisitos não previstos em lei (f. 02/09).

Contrarrazões ministeriais às f. 15/19.

A r. decisão foi mantida em sede de juízo de retratação/sustentação (f. 19-v).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 26/29).

Satisfeitos os pressupostos condicionantes de admissibilidade, conheço do inconformismo.

Com efeito, muito embora a lei não exija mais o exame criminológico para efeito de progressão de regime, não há abuso por parte do douto Juízo da execução no sentido de requisitar a sua realização, e, por conseguinte, considerá-lo para efeito de concessão eventual da benesse.

Certo é que, mesmo não mais sendo o referido exame imprescindível para fins de progressão de regime, repito, ele não está vedado em nosso ordenamento jurídico, podendo ser determinado caso haja necessidade, como é o caso dos autos.

No mesmo sentido é o entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal:

> Crime hediondo. Tráfico de entorpecentes. Progressão no regime prisional. Possibilidade em face do precedente do plenário (*HC* 82.959) julgado em 23.02.2006, que reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. O provimento do recurso, todavia, é parcial, cabendo ao juiz da execução examinar os demais requisitos para a progressão no regime menos rigoroso, procedendo, se entender necessário, o exame criminológico. RHC provido parcialmente (STF - HC 86951/RJ - Rel.ª Min.ª Ellen Gracie - 2ª Turma - p. em 24.03.06).

> Para a concessão do benefício da progressão de regime, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário) nos termos do art. 112 da LEP, com a redação dada pela Lei nº 10.792/2003. Pode o magistrado, excepcionalmente, determinar a realização de exame criminológico diante das peculiaridades da causa, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada. Dessa forma, muito embora a nova redação do art. 112 da LEP não mais exija o exame criminológico, ele pode ser realizado se o juízo da execução, diante das peculiaridades da causa, assim o entender, servindo de base para o deferimento ou indeferimento do pedido. [...] (Precedentes citados do STF: *HC* 88.052-DF, *DJ* de 28.04.06; *HC* 86.631-PR, *DJ* de 26.10.06; *HC* 88.005-SP, *DJ* de 09.06.06; do STJ: *HC* 73.736-SP, *DJ* de 11.06.07; *HC* 65.021-SP, *DJ* de 19.03.07, e *HC* 38.719-SP, *DJ* de 05.09.05. *HC* 108.240-RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 04.09.08).

No caso dos autos, a avaliação psicológica constante do exame informou que o reeducando revela

> criação em ambiente de risco social; antecedentes criminais significativos na adolescência (homicídios e tráficos de drogas); internações em instituições desde adolescente; uso

expressivo de drogas e etílicos; vida laboral inexpressiva, concluindo que ' do ponto de vista psicológico demonstra pouco temor à punibilidade' (f. 20/22).

Em outras palavras, conforme o prudente arbítrio da il. Magistrada, por ora, a manutenção do reeducando em regime fechado é a medida mais indicada, decisão esta que se mantém.

Com tais considerações, acompanhando o parecer, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e FERNANDO STARLING.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Homicídio qualificado tentado - Indícios de autoria - Materialidade - Valoração da prova - Legítima defesa - Absolvição sumária - Reconhecimento - Sentença de pronúncia - Impossibilidade - Competência - Conselho de Sentença

Ementa: Pronúncia. Homicídio qualificado tentado. Absolvição sumária. Legítima defesa. Ausência de cabal comprovação. Competência do Conselho de Sentença para deliberar a respeito dessa tese. Negado provimento.

- Inadmissível a absolvição sumária do agente, na fase de pronúncia, caso não cabalmente demonstrada, pelas provas dos autos, a aventada legítima defesa.

- A existência de dúvidas acerca da possível ocorrência da mencionada causa excludente da ilicitude não afasta a possibilidade de sua pronúncia, desde que haja indícios suficientes para isso.

- É o Conselho de Sentença o juízo natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, cabendo-lhe, portanto, sanar as dúvidas porventura existentes.

Negado provimento ao recurso.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0511.04.000270-7/001 - Comarca de Pirapetinga - Recorrente: José Brum de Almeida - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª JANE SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2009. - *Jane Silva* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª JANE SILVA - José Brum de Almeida, inconformado com a decisão que o pronunciou pela suposta prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, requereu a reforma da decisão a fim de ser sumariamente absolvido, pois todas as provas colhidas nos autos demonstram sua atuação em legítima defesa.

Contrarrazões ministeriais às f. 178/180 pela manutenção do *decisum*.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 3 de abril de 1993, por volta das 21h30min, na Rua Martins Peixoto, próximo ao hospital municipal, José Brum de Almeida, agindo mediante *animus necandi*, efetuou vários disparos de arma de fogo contra Geraldo Magela Aguiar, somente não logrando êxito no intento homicida por circunstâncias alheias à sua vontade. Narra a denúncia que o delito teria sido cometido mediante recurso que impossibilitou a defesa do ofendido, porquanto o acusado teria agido de surpresa.

A denúncia foi recebida em 5 de setembro de 1994 (f. 49), e a decisão de pronúncia foi publicada em 23 de fevereiro de 1996 (f. 93/verso).

O feito transcorreu nos termos do relatório da pronúncia, que ora adoto, tendo sido o réu dela pessoalmente intimado (f. 166).

Decisão de sustentação à f. 186.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (f. 199/200).

É o relatório.

Conheço do recurso, pois previsto em lei, cabível, adequado e presentes o interesse recursal e os demais requisitos de processamento.

Não foram arguidas nulidades, nem encontramos, quando do exame dos autos, qualquer delas que deva ser declarada de ofício.

Verifiquei cuidadosamente as razões apresentadas pela defesa e, ao compará-las com a decisão ora combatida e com as provas dos autos, não vejo como acolher sua pretensão.

Inicialmente, cumpre-nos ressaltar que a pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, com o fim único de submeter o réu ao julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo sua natureza meramente processual, não produzindo *res judicata*, mas mera preclusão *pro judicato*, sendo que os jurados podem contra ela decidir. Logo, basta ao juiz que a prolate quando estiver convencido da existência do crime, o que não resta dúvida nos autos, e, em seguida, de que existam indícios suficientes da autoria, não se exigindo que dela se tenha certeza. Tal certeza só deve ser exigida para a condenação.

A ocorrência do crime restou evidenciada, uma vez que sua existência ficou demonstrada através do auto de corpo de delito de f. 84/86.

Existem, também, indícios de autoria suficientes para ensejar a decisão de pronúncia.

O acusado não foi ouvido em juízo antes da decisão impugnada, pois se encontrava em local incerto e não sabido (f. 56).

Porém, após sua prisão preventiva, o douto Magistrado *a quo* procedeu ao interrogatório, oportunidade em que houve confissão quanto aos disparos, aliada, todavia, à tese de legítima defesa (f. 167/168).

A vítima, inquirida em juízo, corroborou a versão de que José Brum lhe havia desferido disparos de arma de fogo (f. 62), o mesmo sendo feito pelas testemunhas Lourenço Ribeiro Rambaldi (f. 63) e Darci Granja de Andrade (f. 64).

Assim, vejo que há nos autos indícios suficientes para a manutenção da pronúncia.

A tese de legítima defesa, tendo em vista a existência de anterior discussão entre autor e vítima, não tem como ser acatada no presente momento, uma vez que referida hipótese não se encontra cabalmente demonstrada nos autos.

Segundo a vítima, ela teria sido alvejada após discussão tida com o recorrente, porém, momentos depois, isto é, quando não haveria qualquer agressão atual ou iminente. Acrescentou que já estava indo embora do bar em que se encontravam, quando o acusado o chamou de volta, efetuando os disparos (f. 62).

As testemunhas ouvidas nada afirmaram a respeito de eventual agressão injusta, atual ou iminente, por parte da vítima.

Portanto, tal questão deverá ficar a cargo do Conselho de Sentença, órgão competente para apreciar a causa e sanar as dúvidas até então existentes, já que satisfeitos os requisitos do art. 408 do Código de Processo Penal.

A qualificadora que lhe foi imputada na denúncia também deve permanecer na pronúncia, já que não se mostra manifestamente improcedente, tanto é que nem mesmo questionada nas razões recursais.

Ante tais fundamentos, nego provimento ao recurso de José Brum de Almeida, mantendo *in totum* a decisão que o pronunciou pela prática, em tese, do crime previsto no art. 121, § 2º, IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Lesão corporal seguida de morte - Desclassificação para lesão corporal simples - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Prova - Absolvição - Inadmissibilidade - Circunstância atenuante - Relevante valor social - Não caracterização - Pena privativa de liberdade - Substituição - Inaplicabilidade

Ementa: Apelação criminal. Lesão corporal seguida de morte. Absolvição. Impossibilidade. Liame causal caracterizado. Desclassificação. Lesão corporal simples. Atenuante. Relevante valor social. Inadmissibilidade.

- Restando comprovado o nexo causal entre a conduta do agente e a morte da vítima, resta configurado o delito de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP).

- Não há como desclassificar a lesão corporal seguida de morte para lesão corporal simples, quando restar plenamente comprovado que o golpe desferido pelo agente na cabeça da vítima acabou por provocar a sua morte.

- Não age impelido por motivo de relevante valor social, ou seja, no interesse da coletividade, o agente que, na condição de segurança, ao separar uma briga de rua, desfere golpe (paulada) na cabeça da vítima, causando-lhe lesões corporais que foram a causa eficiente de sua morte.

Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0283.05.002712-9/001 - Comarca de Guaranésia - Apelante: Paulo Sérgio Alves - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de março de 2009. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Perante o Juízo da Comarca de Guaranésia, Paulo Sérgio Alves, alhures qualificado, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 129, § 3º, do Código Penal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 02/03 que, no dia 17.09.05, por volta de 01h15min, durante

a festa de comemoração do aniversário da cidade de Guaranésia, a vítima João Batista Gínio, ao tentar apartar uma briga entre terceiros,

> foi surpreendido pela rápida aproximação do autor que, na qualidade de pessoa contratada pelo município para viabilizar a segurança do evento, segurou-o pelo pescoço e desferiu-lhe violento golpe de cassetete contra sua cabeça.

Segundo a denúncia,

> em virtude da truculenta conduta, João Batista Gínio foi inicialmente atendido no Pronto Atendimento Municipal, ocasião em que foi detectada a ocorrência de um 'traumatismo crânio encefálico'. Face à gravidade do quadro, foi ele imediatamente transferido para o Hospital Universitário Alzira Velano na cidade de Alfenas, local onde, depois de submetido a duas intervenções cirúrgicas neurológicas, entrou em estado de coma e, posteriormente, veio a falecer em 29 de janeiro de 2006.

Regularmente processado, ao final sobreveio a r. sentença de f. 104/114, julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenando Paulo Sérgio Alves, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, como incurso no art. 129, § 3º, do Código Penal.

Inconformado, a tempo e modo, apelou o réu (f. 120). Em suas razões recursais (f. 126/153), pleiteia o apelante a absolvição, sustentando que não há nos autos prova alguma de ter concorrido para a morte da vítima. Subsidiariamente, requer a desclassificação do delito para o de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do Código Penal), com redução da reprimenda, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pleiteou, ainda, o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, letra *a*, do Código Penal, alegando existir relevante valor social, por estar no local dos fatos na condição de segurança contratado pela Prefeitura Municipal de Guaranésia.

O Ministério Público, em suas contrarrazões, protestou pela manutenção integral da sentença (f. 155/164), no que foi secundado nesta instância pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Gilvan Alves Franco, il. Procurador de Justiça (f. 171/176).

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso apresentado.

Não foram arguidas preliminares ou nulidades, e, não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito da apelação.

Como visto alhures, pleiteia o apelante a absolvição, sustentando que não há nos autos prova alguma de ter concorrido para a morte da vítima. Subsidiariamente, requer a desclassificação do delito para o de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do Código Penal), com redução da reprimenda e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pleiteou, ainda, o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, letra *a*, do Código Penal, alegando existir relevante valor social, por estar no local dos fatos na condição de segurança contratado pela Prefeitura Municipal de Guaranésia.

Inicialmente, é de se ressaltar que dúvidas não há quanto à materialidade do delito em apreço, mormente pelo boletim de ocorrência (f. 05/06); exame de corpo de delito (f. 07); laudo médico (f. 24) e pela certidão de óbito (f. 41).

Da mesma forma, a autoria mostra-se incontroversa, em que pese a negativa do ora apelante, o qual apresentou versão distinta dos fatos tanto na fase policial (f. 04) quanto em juízo (f. 19/20):

> [...] que a empresa do depoente foi contratada pelo Município de Guaranésia, para prestar serviços naquela cidade, onde seria realizada uma festa na praça principal, em comemoração ao aniversário da cidade; que o depoente foi com uma equipe de dezessete seguranças, dos quais não se recorda exatamente os nomes [...] que, durante as festividades, um adolescente furtou algumas mercadorias de uma banca de um camelô que se encontrava na praça; que o senhor vitimado pelo ato do adolescente saiu correndo atrás do mesmo; contudo, foi cercado por cinco rapazes, entre eles, João Batista Gino, que passaram a agredi-lo; que o depoente e sua equipe foram socorrer aquele senhor, contudo, os agressores se voltaram contra os seguranças, sendo que os agressores foram auxiliados por outros [...] que, durante as agressões, João Batista Gino tentou agredir o depoente, 'dando uma voadora', sendo que o depoente, ao ver que seria atingido, esquivou-se, momento em que João Batista caiu no chão, batendo com a cabeça, mas levantou-se em seguida, e continuou na festa, sendo que ainda ficou ameaçando o dono da barraca; [...] que algumas pessoas desconhecidas do depoente acusaram o depoente 'Ebinho' de ter agredido João Batista com um cassetete de madeira, contudo, além de não utilizarem cassetete desse material, o depoente pode afirmar que 'Ebinho' não agrediu João Batista em nenhum momento, tão pouco outro segurança [...] (f. 04 - apenso 01).

> [...] um rapazinho acabou furtando alguma coisa de um senhor que trabalhava numa banca; que aquele senhor saiu correndo e conseguiu segurar o ladrão; que, assim que o ladrão foi segurado, juntaram diversas pessoas contra aquele senhor, possivelmente amigos do rapaz que furtou, e começaram a lhe bater, daí tendo o interrogando entrado na questão para separar a contenda e evitar que o rapaz da banca fosse maltratado pelos amigos do ladrão; que nesse momento acabou recebendo um soco no olho esquerdo, teve momentânea perda de sentidos e não viu mais nada do que aconteceu; que não portava nenhum cassetete e não usou instrumento algum contra ninguém durante a sua intervenção naquele entrevero de que estava sendo vítima aquele senhor da banca; [...] que ouviu comentários dias depois de que uma das pessoas que tentou agredir aquele senhor tinha morrido [...] (f. 19/20).

Entretanto, a testemunha Valquíria Aparecida dos Santos presenciou toda a ação do acusado e relatou que, *verbis*:

> [...] na noite dos fatos, já na madrugada do dia dezessete de setembro de 2005, estava com sua cunhada Dulcelene na Praça Dona Sinhá, no passeio, quando viu que um rapaz que vendia miudezas corria atrás de Juliano; que aquele rapaz acabou voltando ao lugar onde ele vendia as coisas e ali pegou uma faca, tendo ido outra vez atrás de Juliano; [...] viu João, a vítima, ir na direção do rapaz e de Juliano, aparentando que ia separar a contenda; que nesse momento a depoente ouviu o rapaz dizer que Juliano tinha 'roubado' cinco reais dele; que João interferiu sem espancar ninguém, apenas procurando afastar a contenda; que nisto aproximou-se o acusado, que era conhecido por 'Alemão', juntamente com outros quinze seguranças, tendo eles levado João para perto do coreto da praça; que ali, perto do coreto, João foi colocado no meio dos seguranças e 'Alemão' deu a primeira paulada na cabeça da vítima; [...] que os pedaços de pau aos quais se refere eram cassetetes de madeira, usados pelos seguranças; [...] que ao ver a vítima sendo agredida, a depoente chamou a polícia, os policiais levaram João ao hospital e os seguranças continuaram trabalhando o resto da madrugada; que em momento algum a vítima reagiu ou investiu contra qualquer dos seguranças; [...] que em momento algum viu o réu levar soco no olho ou ficar machucado por qualquer motivo... (f. 56/57).

Versão semelhante dos fatos foi apresentada pela testemunha Ducelene Vieira (f. 58) e Luiz Gabriel Hygino (f. 60), que, além de ter presenciado a agressão, relatou sua tentativa de retirar a vítima do poder dos seguranças, sendo, contudo, impedida por alguns destes, sendo arrastado do local à força. O depoente ainda acompanhou a vítima no trajeto até ao hospital, momento em que ela lhe disse ter sido agredida por "Alemão" (o réu) e "Erbinho".

Por oportuno, registre-se que a morte da vítima, segundo a conclusão feita pelos peritos encarregados do exame de corpo de delito de f. 07, dos autos em apenso 01, se deu por traumatismo crânio-encefálico, em razão das agressões sofridas.

Sendo assim, não há que se falar em absolvição, porquanto restou demonstrado nos autos, notadamente por prova testemunhal, que o ora apelante desferiu um golpe na cabeça da vítima, a qual veio a falecer em razão das lesões sofridas.

Da mesma forma, não há como desclassificar o delito para lesão corporal simples, pois, conforme se afere do laudo pericial de f. 07 - apenso 01, da certidão de óbito de f. 41 - apenso 01 e das demais provas dos autos, o golpe desferido pelo ora apelante na cabeça da vítima provocou sua morte, e não uma lesão de natureza meramente simples.

No que diz respeito à aplicação da atenuante de relevante valor social ou moral, prevista no art. 65, inciso III, letra a, do Código Penal, com a devida vênia, não há como acolhê-la. A propósito, sobre a atenuante em questão, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

> Relevante valor social ou moral: relevante valor é um valor importante para a vida em sociedade, tais como patriotismo, lealdade, fidelidade, inviolabilidade de intimidade e de domicílio, entre outros. Quando se tratar de relevante valor social, levam-se em consideração interesses não exclusivamente individuais, mas de ordem geral, coletiva. [...] No caso de relevante valor moral, o valor em questão leva em conta interesse de ordem pessoal [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 396-7).

Dessarte, malgrado a irresignação do ora apelante, depois de examinar a pretensão recursal em confronto com as provas amealhadas ao longo da instrução, não há como acolher as pretensões da defesa, já que a morte da vítima ocorreu em razão da truculência do apelante, o que impede a sua absolvição ou a desclassificação para a forma simples.

Também, não há como reconhecer a atenuante do relevante valor social ou moral, pois a atitude daquele que desfere violenta paulada na cabeça de outrem nada tem de relevante valor social ou moral, nem mesmo de que agiu em prol da coletividade para salvaguardar a ordem pública, pois, como bem ressaltou o douto Procurador oficiante, tudo não passava de uma simples briga de rua, que poderia ter sido facilmente controlada e seus participantes separados por meios diversos do utilizado pelo ora apelante.

Finalmente, no que tange à redução da pena, com a devida vênia, razão não assiste a defesa, pois, diante das circunstâncias objetivas e subjetivas, a reprimenda foi corretamente dosada, aplicada com justiça e bom senso que o caso em apreço recomenda, obedecendo às normas que regem a dosimetria, tudo em conformidade com a recomendação do colendo STJ:

> Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva - culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente - e de natureza objetiva - motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não dever ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade (STJ, 6ª Turma, REsp 60251/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 27.06.96, in *DJU* de 27.05.96).

Portanto, tendo a pena sido aplicada em consonância com as normas que regem a espécie, ou seja, um pouco acima do mínimo, mas sem exasperação, em *quantum* suficiente e necessário para a reprovação e prevenção do crime, não há que se falar em redução da pena.

De igual modo, não merece prosperar o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, em face da ausência dos requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se negar provimento ao recurso, mantendo a r. sentença vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.
É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e JANE SILVA.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Porte ilegal de arma de fogo - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Laudo - Perito não oficial - Validade - Pena restritiva de direitos - Substituição - Pena de multa - Impossibilidade

Ementa: Penal. Processo penal. Apelação criminal. Porte de arma. Preliminar de nulidade do processo. Alegação de vício na elaboração do laudo de eficiência de arma rejeitada. Autoria e materialidade incontestes. Atipicidade rejeitada. Condenação mantida. Pena superior a um ano. Aplicação do Art. 44, § 2º, do CP. Recurso desprovido.

- Nos termos do art. 159, §§ 1º e 2º, do CPP, na falta de perito oficial, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, que prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

- É desnecessária a prova de risco à integridade física de outrem para a configuração do delito de porte ilegal de arma de fogo.

- Quando a pena a ser substituída se situa em patamar superior a 1 ano, a substituição deve ser feita por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas, a teor do que dispõe o art. 44, § 2º, do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0116.05.002803-8/001 - Comarca de Campos Gerais - Apelante: Milton Rodrigues Gomes - 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, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2009. - *Eli Lucas de Mendonça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELI LUCAS DE MENDONÇA - Apelação interposta por Milton Rodrigues Gomes, inconformado com a r. sentença de f. 69/72, que o condenou, como incurso nas sanções do art. 14 da Lei 10.826/03, às penas definitivas de 02 anos de reclusão (substituída por duas restritivas de direitos), regime aberto e 10 dias-multa, no valor mínimo legal.

Narra a denúncia que no dia 12.03.2005, por volta das 7h40, no trevo para o Distrito do Córrego do Ouro, na rodovia BR-369, na Comarca de Campos Gerais, o apelante portava armas de fogo (uma cartucheira calibre 20, de dois canos longos sobrepostos, marca Boito, nº 57367, e uma cartucheira calibre 36, cano curto, marca Rossi, nº 5045) e munição (21 cartuchos, sendo 19 deflagrados e 02 intactos), de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Intimações regulares, f. 74v.

Pleiteia o apelante, f. 77/78, preliminarmente, a nulidade do processo, em face da ausência de nomeação dos peritos *ad hoc*, pela autoridade policial. No mérito, pleiteia a absolvição, pela atipicidade do fato, tendo em vista que as armas apreendidas eram antigas e encontravam-se desmontadas e, alternativamente, requer a aplicação somente da pena de multa.

Apelo contrariado, f. 79/82, pugnando pela rejeição da preliminar e pelo desprovimento do recurso, ao que aquiesce a d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 85/89.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Analiso a preliminar de nulidade do processo, em face de vício insanável da prova técnica, para rejeitá-la, *data venia*.

É que "o exame de corpo de delito deve ser feito, de preferência, por especialistas, mas pode ser feito por pessoas idôneas, ainda que não possuam habilitação técnica (*RT* 467/404)", e, na hipótese, o laudo de eficiência das armas de fogo, acostado à f. 25, foi procedido por um bacharel em direito e por um funcionário público municipal (peritos não oficiais - *ad hoc*), que prestaram compromisso, tudo em conformidade com o art. 159 do CPP.

Ressalto que a ausência de assinatura da autoridade policial, alegada pela defesa, em nada vicia a validade do laudo, sendo imprescindível, apenas, a assinatura dos peritos, no caso de a autoridade não se encontrar presente ao exame, nos termos do art. 179 do CPP.

Demais disso, à míngua de prejuízo - cuja demonstração incumbia à defesa -, não pode ser declarada a nulidade.

Rejeito, pois, a preliminar.

Vou ao mérito.

Materialidade e autoria incontestes.

Constitui fato incontroverso que a arma de fogo foi encontrada em poder do apelante, sem que tivesse autorização legal.

Constatou-se também, via prova técnica, que as armas apreendidas são aptas para realizar disparos - f. 25 -, pouco importando serem estas antigas, ou que no momento de sua apreensão estivessem desmontadas (o que, inclusive, apesar de alegado pela defesa em suas razões defensivas, não restou sequer cogitado nos autos).

Outrossim, tenho que absolutamente desnecessária a prova de risco à integridade física de outrem, tendo em vista que o elemento constitutivo do tipo penal não exige sua comprovação, sendo a conduta típica, *in casu*, o simples fato de portar arma de fogo (ainda que desmontada), de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Nesse sentido, é a lição de Fernando Capez, no seu livro *Arma de fogo* - Comentários à Lei 9.437, São Paulo: Saraiva, p. 23:

> Na hipótese do art. 10 da Lei n. 9.437/97, contudo, a forma como foi redigido o tipo deixa claro que em momento algum se exige a prova da efetiva exposição de outrem a risco, o qual nem sequer é mencionado como elementar. Basta a realização de qualquer das ações nucleares, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para a consumação, sendo irrelevante qualquer avaliação subsequente sobre a ocorrência, *in casu*, de efetivo perigo à coletividade [...].

Assim, caracterizada a infração penal, pois o fato é típico, ilícito e culpável, não há que se falar em indiferente penal, porque a sua conduta se enquadra perfeitamente no preceito primário do tipo do art.14 da Lei 10.826/03.

Lado outro, sem o menor cabimento o pedido referente à aplicação apenas da multa, pois, quando a pena a ser substituída se situa em patamar superior a 1 ano, a substituição deve ser feita por uma pena restritiva de direitos e multa ou duas restritivas (como o fez o d. Julgador), a teor do que dispõe o art. 44, § 2º, do CP, aqui anotado que a pena cumulativa de multa, preceito secundário do tipo penal, não pode ser substituída.

Nesse ponto, ressalto que a idade do apelante em nada interfere nas sanções impostas.

Assim, as penas e o regime prisional aberto são condizentes com as condutas incriminadas, assim como a substituição procedida, sendo necessárias e suficientes à prevenção e à repressão do delito.

Ante tais considerações, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso, mantendo íntegra a sentença penal condenatória.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIWAL JOSÉ DE MORAIS e JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Estelionato - Cheque sem fundos - Dolo - Tipicidade - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação - Semi-imputabilidade - Redução da pena

Ementa: Estelionato. Fraude no pagamento por meio de cheques. Materialidade e autoria provadas. Condenação mantida. Semi-imputabilidade. Redução. Provimento parcial.

- Comprovada a materialidade do delito de estelionato e a autoria por parte do apelante, o qual efetuou a compra de diversas mercadorias, pagando com cheques de sua titularidade, sem a devida provisão de fundos, visto que posteriormente sustados, é incabível a absolvição.

- Constatada a semi-imputabilidade do agente através de perícia médica impõe-se a redução das sanções fixadas, nos termos do art. 26, parágrafo único, do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0056.01.004783-7/001 - Comarca de Barbacena - Apelante: Ovídio Alves Neto - 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, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 28 de janeiro de 2009. - *Walter Pinto da Rocha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WALTER PINTO DA ROCHA - Conheço do recurso, conquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação criminal interposta por Ovídio Alves Neto, contra a r. sentença de f. 118/128, que julgou procedente a pretensão constante na denúncia, condenando-o nas sanções do art. 171, *caput*, do CP, às penas de 2 (dois) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, em regime aberto, fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Narra a denúncia que, nos dias 19, 20 e 21 de janeiro de 2000, na Rodoviária Prefeito Otávio Neves, situada na cidade de São João del-Rei, o apelante dirigiu-se ao Bar do Geraldinho, de propriedade de Cláudio César Coelho Teixeira, e efetuou diversas compras, pagando com os cheques de nº 000381, no valor de R$60,00; 000382, no valor de R$60,00; 000383, no valor de R$30,00; 000385, no valor de R$150,00;

000386, de R$100,00 e do cheque 000387, no valor de R$200,00, todos do Banco Bradesco S.A., conta corrente nº 016515, ag. 507, de Barbacena.

Aduz mais a peça de ingresso que no dia 22 de janeiro de 2000 o recorrente solicitou o registro de um boletim de ocorrências policiais, relatando a perda da folha de cheque nº 000380 e do talão que continha as cártulas de nº 000381 a 000400. A vítima, Cláudio César, repassou os títulos a terceira pessoa, Sidália de Jesus, a qual, ao depositá-los, constatou sua devolução pelo fato de terem sido sustados.

Inconformado, insurge-se o recorrente às f. 138/139, requerendo em suma a absolvição por insuficiência de provas quanto ao elemento subjetivo do tipo.

Contrarrazões do Órgão Ministerial às f. 158/161, nas quais, rebatendo os argumentos expendidos pela defesa, requer a manutenção da decisão hostilizada por seus próprios fundamentos.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 165/169, onde requereu a instauração de incidente de sanidade mental do recorrente, sendo a referida diligência determinada à f. 173.

Com o retorno dos autos e o cumprimento da diligência determinada, emitiu a Procuradoria de Justiça o parecer de f. 181/187, opinando pelo conhecimento do apelo e parcial provimento para reduzir as sanções fixadas em razão da semi-imputabilidade do apelante.

O recurso merece parcial provimento.

A materialidade delitiva está suficientemente comprovada, como se observa do termo de f. 07/08, cópia reprográfica do boletim de ocorrência às f. 11/13, declarações testemunhais e demais elementos coligidos na instrução criminal.

É inquestionável a autoria por parte do apelante, muito embora negue ter efetuado as compras no comércio da vítima, utilizando-se dos cheques posteriormente sustados.

No seu interrogatório judicial, o recorrente afirma ter perdido o talão de cheques, solicitando a lavratura de boletim de ocorrência policial por tal motivo, como se verifica às f. 71/72. Nega a autoria das assinaturas constantes nos cheques, aduzindo: "que os cheques que lhe foram furtados foram preenchidos com uma letra parecida com a sua".

Contudo, o exame pericial de f. 48/50 confirma à mercê de qualquer dúvida o preenchimento das cártulas pelo apelante. Segundo a conclusão dos *experts*:

> Os espécimes-de-assinatura do emitente apostos nos cheques-motivo são autênticos, bem como os demais manuscritos, excetuando-se aqueles apostos no campo do favorecido, partiram do punho-escritor de Ovídio Alves Neto, dada as convergências grafoestruturais constatadas no confronto com seus padrões, quais sejam morfogênese dos símbolos alfabéticos 'A', 'B', 'C', 'N', 'O', 'S', 'd', 'i', 'j', 'q'e 'v'.

A vítima, Cláudio César Coelho Teixeira, ouvida na fase do contraditório, confirmou ter sido o recorrente a pessoa que adquiriu as mercadorias no seu estabelecimento comercial, efetuando o pagamento por meio dos cheques sem a devida provisão de fundos. Como se verifica de suas declarações, à f. 87:

> [...] que no ano de 2000 o acusado compareceu em seu estabelecimento comercial e efetuou várias compras, dentre brinquedos, bebidas e cigarros, tendo pago para tanto o valor de R$ 600,00 (seiscentos reais), através de seis cheques; que já conhecia o acusado, pois o mesmo sempre freqüentava a Rodoviária, local onde está sediado o seu bar; [...] que após uns quinze dias, em data que não sabe precisar, foi procurado por Sidália, que lhe devolveu os cheques, sob a alegação de que os mesmos haviam sido sustados; [...] (f. 87).

O tipo subjetivo restou configurado pela vontade livre e consciente do apelante de obter ilícita vantagem, através da aquisição de diversas mercadorias, pagando com cheques sem a devida provisão de fundos.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci, no tipo penal de estelionato:

> Exige-se o dolo. Não há a forma culposa. Pede-se, ainda, a existência do elemento subjetivo específico - não explícito no tipo, mas somente no *nomen juris* - que é a vontade de fraudar (ou dolo específico). Como ensina Hungria, é o *animus lucri faciendi* ou a intenção de defraudar (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 246) (*Código Penal comentado*. 5. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 694).

Conforme reiterado entendimento jurisprudencial:

> Penal. Processo penal. Apelação. Estelionato. Dolo comprovado. Condenação mantida. [...] Configura-se o dolo do crime de estelionato quando o agente emite cheques, para pagamento de compras, sabidamente sem provisão de fundos, com o intuito de obter vantagem econômica em detrimento do patrimônio alheio. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido (TJMG, AC 2.0000.00.516302-6/000(1), Rel. Eli Lucas de Mendonça, *DJ* de 16.11.05).

Portanto, diante do conjunto probatório coligido, principalmente da prova técnica, concluindo a autoria dos escritos constantes nos cheques por parte do recorrente, e, também, das declarações da vítima, a qual a todo tempo confirma ter sido o apelante a pessoa que adquiriu as mercadorias no seu estabelecimento, pagando com os cheques sem fundos, é incabível a absolvição pretendida.

No tocante às penas aplicadas, observo inicialmente que, muito embora em tese se tratasse de delitos praticados em continuidade delitiva, a MM. Juíza entendeu haver uma única conduta e, diante da inexistência de recurso ministerial, mostra-se incabível qualquer modificação nesse sentido, sob pena de *reformatio in pejus*.

Por outro lado, determinada a diligência requerida pela Procuradoria-Geral de Justiça, a fim de se realizar o exame de sanidade mental do apelante, foi produzido o laudo de f. 16/22, o qual atestou sua

semi-imputabilidade. Assim, impõe-se a redução das reprimendas fixadas, nos termos do art. 26, parágrafo único, do CP.

Com essas considerações, passo à reestruturação das reprimendas.

Mantenho a análise das circunstâncias judiciais assim como a pena-base, fixada em 2 (dois) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na terceira fase, diante da semi-imputabilidade do apelante, conforme o art. 26, parágrafo único, do CP, diminuo as sanções em 1/3 (um terço), em face do pequeno grau de distúrbio mental atestado no laudo médico, concretizando as reprimendas em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Deixo de aplicar medida de segurança substitutiva ante a inexistência de elementos nos autos comprovadores da periculosidade do agente, cabendo, no entanto, ao juízo de execução, a análise de sua eventual necessidade.

Ficam mantidas as demais disposições da r. decisão recorrida.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no art. 26, parágrafo único, do CP, reestruturando as reprimendas, nos termos retroexpendidos.

Tendo em vista encontrar-se o apelante sob o pálio da assistência judiciária, isento-o do pagamento das custas processuais, nos termos da Lei nº 1.060/50 e do art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELI LUCAS DE MENDONÇA e JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Subtração ou inutilização de livro ou documento - Tipicidade - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Suspensão dos direitos políticos - Possibilidade

Ementa: Penal. Subtração ou inutilização de livro ou documento. Absolvição por ausência de provas. Improcedência. Suspensão dos direitos políticos em condenação à pena restritiva de direitos. Possibilidade.

- Aquele que inutiliza processo judicial confiado a advogado pratica a conduta típica descrita no art. 337 do CP.

- A prova testemunhal harmônica atestando o desaparecimento dos autos de processo judicial supre a ausência de prova material do delito de inutilização de livro ou documento.

- Se os testemunhos convergem no sentido de que o processo foi emprestado ao réu e desapareceu em seu poder, resta comprovada a autoria do crime.

- A suspensão dos direitos políticos, como efeito da condenação transitada em julgado, deve ser declarada mesmo na hipótese de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0351.01.006347-4/001 - Comarca de Janaúba - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Gilson Medeiro Silva - Apelados: Gilson Medeiro Silva e Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES, NEGAR PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 25 de março de 2009. - *Júlio Cezar Guttierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação, pelo 2º apelante, o advogado Marco Antônio Oliveira Freitas.

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Peço vista.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o advogado Gilson Medeiro Silva.

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior a pedido do Desembargador Relator, após sustentação proferida pelo advogado do apelante.

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Gilson Medeiro Silva, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 337 do CP, visto ter, em 08.05.96, levado em seu poder, a pretexto de fotocópia, os autos do Processo nº 1.793/94, em que figurava como indiciado e

já estava arquivado, e, em seguida, inutilizado totalmente o processo, o qual havia sido confiado a particular em serviço público.

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Janaúba, julgando procedente o pedido contido na denúncia, condenou-o ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, concedendo-lhe, ao final, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (f. 143/150).

Inconformado, recorreram o *Parquet* e a defesa.

O Ministério Público bate-se pela declaração da suspensão dos direitos políticos do réu (f. 152/156).

A defesa, por sua vez, suscita, em preliminar, a nulidade do processo, por falta de prova da materialidade e, ainda, a prescrição da pretensão punitiva. No mérito, requer a absolvição, por falta de provas, e, subsidiariamente, a redução da pena corporal ou restritiva de direitos (f. 167/173).

Os recursos foram contra-arrazoados, primeiro pela acusação (f. 179/183), em seguida pela defesa (f. 186/188).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador Cássio Murilo Soares de Carvalho, opina pelo provimento do recurso do Ministério Público e pelo desprovimento do apelo defensivo (f. 197/195).

É o relatório, em síntese.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

A defesa suscita duas questões preliminares, reiterando as arguições aventadas em sede de alegações finais.

A primeira diz respeito à ausência de prova da materialidade do fato. Alega a defesa que não foi produzida a devida prova do desaparecimento dos autos do processo em questão, a qual só poderia ser demonstrada através do controle do livro de carga.

No entanto, como bem ponderado pelo douto Procurador de Justiça, a questão diz respeito à matéria de prova, devendo ser nesta seara analisada, e não como prefacial de nulidade.

Rejeito a preliminar.

Em segundo lugar, a defesa pede a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva.

Sem razão a defesa, a meu ver.

A pena foi estabelecida em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, prescrevendo, a teor do art. 109, IV, do CP, em 08 (oito) anos de reclusão. Os fatos ocorreram em 08.05.96, a denúncia foi recebida em 18.09.01 (f. 35) e a sentença foi publicada em 02.08.08 (f. 150/v.), não se verificando, pois, o período necessário para a ocorrência da prescrição.

O argumento de que a pena fixada merece redução, levando, por conseguinte, à ocorrência da prescrição, constitui, mais uma vez, questão de mérito, sendo cabível a sua apreciação apenas após análise da materialidade e da autoria do fato.

Rejeito, pois, a preliminar.

Por ordem, analiso, primeiramente, o apelo da defesa, no qual se alega a ausência de provas da materialidade e da autoria do delito.

Consta dos autos que Gilson Medeiro Silva, ora apelante, valendo-se da condição de contador da Prefeitura de Janaúba (MG), solicitou ao advogado Lahyre Santos Souza o empréstimo do Inquérito nº 1.793/94, já arquivado, em que ele (apelante) figurava como indiciado, e, uma vez de posse do mesmo, a pretexto de extrair cópias, desapareceu com os autos intencionalmente.

De início, impende consignar que a conduta se amolda, em tese, ao tipo previsto no art. 337 do CP, cuja conduta incriminada consiste em "subtrair, ou inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento confiado à custódia de funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público".

Como cediço, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime em questão, desde que tenha recebido o processo ou documento (objeto material) das mãos de funcionário público ou particular em serviço público, compreendidos, nesta última hipótese, os advogados que tenham vista de processos judiciais ou administrativos, como é o caso dos autos (FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 7. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 2, p. 4.075).

Quanto à materialidade, tenho-a como demonstrada no caso vertente.

Inicialmente, observe-se que o tipo objetivo em questão não costuma deixar vestígios, ainda mais sendo o caso de desaparecimento de autos, em que fica difícil a comprovação da inutilização total ou parcial do documento, como está a pretender a defesa.

No que concerne à alegação de que a retirada do processo exige demonstração pelo respectivo livro de carga, entendo que esta ausência foi suprida pela prova testemunhal, conforme autoriza o art. 167 do CPP, que assim dispõe:

> Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Com efeito, o Escrevente do Fórum local, José Boaventura de Carvalho (f. 29/29v. e 126), confirmou que o processo foi retirado com carga pelo advogado Lahyre Santos Souza, para entrega ao apelante, e que os autos até hoje não foram devolvidos à Justiça.

Em relação à autoria, vejo que é estreme de dúvidas.

A testemunha Lahyre Santos Souza, que patrocinara a defesa do apelante no famigerado inquérito, afirmou, durante todo o feito, que retirou o processo com

carga em seu nome e o emprestou ao apelante, seu antigo cliente. É digno de nota seu depoimento em Juízo:

> [...] que emprestou os autos informalmente ao acusado, sem qualquer registro do ato, [...] retirou os autos da secretaria mediante carga, cuja data não se recorda mais; deu pela falta dos autos quando foi cobrado pelo funcionário José Boaventura, lembrando-se que havia emprestado ao acusado; entregou os autos ao acusado no mesmo dia em que fez carga, haja vista que o acusado dizia que estava sofrendo perseguição política e precisava de cópia dos autos; [...] o declarante só cobrou os autos do acusado quando foi solicitada a devolução por parte do funcionário José Boaventura (f. 125).

Esse depoimento se faz corroborado pelo da testemunha Gildásio Batista Pires, que chegou a interceder na tentativa de resolver o caso. À f. 127, o mesmo declarou:

> [...] o acusado não se mostrou surpreso quando o depoente lhe pediu que devolvesse o processo ao Dr. Lahyre, deixando claro que ele tinha conhecimento de sua existência e que os autos estiveram em seu poder, conforme já relatou à autoridade policial.

Por outro lado, verifico que a defesa não logrou infirmar essas provas produzidas em desfavor do réu, mesmo porque as testemunhas da defesa (f. 58 e 70) nada puderam acrescentar sobre o fato em questão.

Impende salientar, ainda, que a alegação de que o apelante está sendo vítima de perseguição política, conforme aduzido pelo mesmo (f. 24/25 e 37), além de vaga e pouco consistente, não se faz demonstrada nem sequer por indícios à luz do acervo probatório dos autos. Nenhum motivo consistente foi apresentado para justificar a suposta "armação política" em desfavor do réu, ao passo que os testemunhos da acusação se mostram absolutamente idôneos, além de coerentes entre si.

Ora, se os testemunhos convergem no sentido de que o processo foi emprestado ao réu e desapareceu em seu poder, entende-se suficientemente comprovada a autoria do delito, mesmo porque a destruição do documento só a ele interessaria.

Quanto à aplicação da pena, melhor sorte não socorre ao apelante.

A pena-base foi estabelecida em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, ou seja, 06 (seis) meses acima do mínimo legal, tendo o MM. Juiz sentenciante fundamentado adequadamente a majoração, referindo-se aos motivos do crime, "pois inutilizou processo para benefício próprio, já que figurava como réu", e às graves consequências advindas, "não sendo possível a restauração dos autos" (f. 149).

Outrossim, diversamente do alegado pela defesa, a pena substitutiva também foi aplicada com razoabilidade e em obediência aos ditames do art. 44 do CP.

Em se tratando de condenação superior a 01 (um) ano, a pena corporal pode ser substituída por duas penas restritivas (§ 2º do art. 44 do CP), conforme fixado pelo il. Sentenciante, que aplicou as penas de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária.

A pena de prestação de serviços à comunidade deve corresponder ao período de pena, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação (§ 3º do art. 46 do CP).

A pena de prestação pecuniária, que não pode ser inferior a 01 (um) nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos (§ 1º do art. 45 do CP), se orienta pela capacidade econômica do acusado. *In casu*, a mesma foi estabelecida em 03 (três) salários-mínimos, e, pelo que se constata, o condenado, que possui profissão definida e está empregado (f. 37), tem capacidade financeira para cumprir com a obrigação.

Se a decisão contém suficientes fundamentos para justificar o *quantum* de pena aplicado, é de se manter a decisão, respeitando o espaço discricionário do Julgador.

Assim, entendo não ser o caso de reforma da sentença sob a ótica defensiva.

O MM. Juiz *a quo* deixou de suspender os direitos políticos do apelante, considerando que a medida não se justifica na hipótese de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (f. 150).

A acusação bate-se pela suspensão dos direitos políticos do apelante, ao fundamento de que houve afronta ao art. 15, III, da CF/88, impondo-se a declaração independentemente da espécie de pena aplicada (f. 152/156).

Com razão o ilustre Promotor de Justiça, *data venia*.

Dispõe o art. 15, III, da CF/88:

> É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...]
> III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

De início, impende salientar que, diversamente dos efeitos específicos previstos no art. 92 do CP, a suspensão dos direitos políticos é consequência direta e automática do trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo mesmo despiscienda qualquer manifestação expressa no corpo da decisão.

Outrossim, conforme entendimento majoritariamente aceito, trata-se de norma autoaplicável e sua execução independe de regulamentação infraconstitucional.

A polêmica se instala, contudo, quanto ao alcance dessa suspensão, havendo os que reduzem o espectro da norma constitucional de modo a restringir a suspensão dos direitos políticos à hipótese e à duração do cumprimento efetivo da pena privativa de liberdade.

Dessa perspectiva, que condiciona a suspensão dos direitos políticos à prisão, os condenados agraciados com a pena alternativa (art. 44 e seguintes do CP) não poderiam ter seus direitos suspensos, sendo esse o

entendimento acolhido pelo MM. Juiz de Direito na r. sentença hostilizada.

Data venia, adoto posicionamento diverso, na esteira de relevante precedente jurisprudencial.

Com efeito, em decisão paradigmática sobre o assunto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o entendimento de que a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período do *sursis* (RE nº 179502/SP - Rel. Min. Moreira Alves - Tribunal Pleno - *DJ* de 08.09.95, p. 28.389).

Em brilhante voto, o em. Ministro Moreira Alves fundamenta a decisão invocando a *ratio legis* da suspensão dos direitos políticos. Conforme salienta, a razão da suspensão não é a privação da liberdade em si, mas de ordem ética. Melhor dizendo, a suspensão não decorre do obstáculo material que a prisão impõe ao exercício dos direitos políticos, mas do juízo de reprovabilidade inerente à condenação criminal, no sentido de não ser recomendável que o cidadão condenado possa influir, ativa ou passivamente, nas escolhas políticas do País, enquanto não cessarem os efeitos da condenação.

Observa, ainda, o culto Ministro, que, se a condenação criminal a que se refere o art. 15, III, da CF tivesse a sua *ratio* na circunstância de que o recolhimento do preso inviabilizaria o exercício dos direitos políticos, não exigiria este dispositivo constitucional o trânsito em julgado da condenação, pois a mesma *ratio* se aplicaria às prisões provisórias que se admitem antes desse advento.

Com essa decisão, o STF afastou a interpretação restritiva do art. 15, III, da Constituição Federal, no sentido de que a suspensão dos direitos políticos ocorreria apenas enquanto houvesse o cumprimento efetivo da pena privativa de liberdade.

No mesmo sentido se alinha o renomado doutrinador José Afonso da Silva, para quem o benefício da suspensão condicional da pena não interfere na suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação criminal (*Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed., p. 385).

Postas essas considerações, outra não pode ser a conclusão na hipótese de condenação criminal com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por uma interpretação analógica, há que se aplicar o mesmo raciocínio, mesmo porque a pena alternativa, assim como o *sursis*, nada mais é do que forma de cumprimento de pena.

Não foi outro o entendimento firmado nesta 4ª Câmara Criminal do TJMG no julgamento da Ap. Criminal nº 1.0024.00.032630-6/001, Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça, pub. em 05.09.06.

Dessarte, e considerando que a suspensão dos direitos políticos independe do tipo de crime e da modalidade de pena imposta, imperiosa a sua declaração no caso vertente.

Por essas razões, rejeito as preliminares, nego provimento ao apelo da defesa e dou provimento ao recurso do Ministério Público, para declarar a suspensão dos direitos políticos do réu Gilson Medeiro Silva, a efetivar-se após o trânsito em julgado da condenação.

Custas, na forma da lei.

DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS - De acordo.

DES. DOORGAL BORGES DE ANDRADA - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

...

Crime contra o patrimônio - Furto simples - Coisa abandonada - Autoria - Materialidade - Dolo - Ausência de prova - Erro de tipo - Configuração - Absolvição

Ementa: Penal. Crime contra o patrimônio. Furto simples. Coisa abandonada. Absolvição. Necessidade.

- As coisas reconhecidamente abandonadas não são passíveis de furto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0155.05.007586-2/001 - Comarca de Caxambu - Apelante: José Delminda Neto - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª MARIA CELESTE PORTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de março de 2009. - *Maria Celeste Porto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - Trata-se de apelação interposta por José Delminda Neto contra a r. sentença de f. 75-80, que o condenou nas sanções do art. 155, *caput*, do CP, às penas de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, tendo sua pena sido substituída por uma restritiva de direitos (f. 75-80).

Em razão disso, foi condenado à pena privativa de liberdade de um ano de reclusão, regime inicial aberto,

e ao pagamento de dez dias-multa, no mínimo legal, sendo aquela substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária de cinco salários mínimos a instituição carente.

Inconformada, a defesa recorreu, pugnando, em suas razões de f. 87-90, pela absolvição, sustentando para tanto que a *res furtiva* tratava-se de coisa abandonada.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo desprovimento do apelo (f. 91-96).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (f. 103-104).

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Não foram arguidas preliminares e tampouco vislumbro qualquer nulidade a ser declarada de ofício, motivo pelo qual passo ao imediato exame do mérito recursal, consubstanciado no pleito absolutório de José Delminda Neto.

Após detida análise dos autos, verifica-se que os elementos objetivos do tipo do crime de furto ficaram devidamente comprovados. Por outro lado, a meu ver, entendo que faltaram os elementos constitutivos do dolo, pois o apelante alega que acreditava que a coisa era abandonada e não alheia como a prevista no tipo do art. 155 do CP.

O acusado afirmou às f. 31-32:

> [...] que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, apenas em partes, sendo que o depoente e Paulo Sérgio entraram no estabelecimento da vítima e retiraram apenas a bomba. Que o depoente fez isso porque estava passando fome em sua casa e que pretendia levantar o dinheiro para comprar comida. Que venderam a bomba para um ferro-velho por R$16,00. Que a bomba foi vendida para José Cláudio Felício, que é funcionário de um ferro-velho em Caxambu. Que o depoente não tinha noção de quanto custava a bomba porque a mesma estava jogada no meio do mato. [...] Que na época dos fatos estava desempregado. Que, ao encontrar a bomba, achou que a mesma estivesse abandonada.

No mesmo sentido as declarações prestadas por Paulo Sérgio dos Santos Barbosa às f. 11, senão vejamos:

> [...] que o informante e José Delmindo Neto entraram em um pátio próximo ao loteamento onde trabalham, lá estava uma bomba de abastecimento antiga, jogada, desta forma entraram no pátio que fica situado na Avenida Gabriel Alves Fernandes, centro, nesta cidade, durante o dia, no horário do almoço e levaram a bomba de abastecimento para o bairro Caxambu Velho, nesta cidade, onde venderam para um senhor que é proprietário de um ferro velho, nesta cidade, que fica ao lado do condomínio do Carmine, Que pela venda da bomba de abastecimento receberam a quantia de R$ 16,00; Que nesse pátio não fica ninguém tomando conta e a bomba estava no tempo jogada sem utilidade alguma; que nesse pátio tinha também um veículo destruído, uma Blazer, porém nesse veículo não colocaram as mãos, portanto o que nele estava não furtaram nenhuma peça nada [...]

Some-se a isso os depoimentos das testemunhas Natanael Gomes dos Santos (f. 52) e José Cláudio Felício (f. 53), onde os mesmos afirmam que a bomba se encontrava muito velha e enferrujada, aparentando ser de ferro velho.

Portanto, é perfeitamente crível que o apelante tenha julgado que a bomba encontrava-se abandonada e, portanto, agido em erro de tipo, o que exclui o dolo, nos termos do art. 20 do CP.

Embora tenha ficado demonstrado que o réu pegou a bomba de gasolina apontada na denúncia, não restou provado que assim agiu com a vontade deliberada de se assenhorear de objetos pertencentes a terceiro.

Ao que tudo indica, o réu realmente agiu acobertado pelo erro de tipo na medida em que achava que o referido material não pertencia a ninguém, já que se encontrava em um loteamento totalmente largado, aberto, tudo indicando que se tratava de imóvel abandonado.

Pois bem, o que se conclui é que como o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de provar o elemento subjetivo do tipo de crime de furto, qual seja o dolo do acusado, deve o mesmo ser socorrido pelo princípio do *in dubio pro reo*.

Esse é o entendimento:

> Furto - Erro de tipo - Elementos subjetivos do tipo - À acusação cabe demonstrar não só os elementos objetivos do tipo, mas também seus elementos subjetivos. Assim, se os réus confessam a subtração, porém alegam ter julgado tratar-se de coisa abandonada, caberia à acusação demonstrar o aspecto cognoscitivo do dolo dos agentes. Na ausência de provas, a absolvição se impõe por erro de tipo (TJMG - APCrim - 354.811-0 - Rel. Juiz Erony da Silva - j. em 14.05.02).

Por assim entender, dou provimento ao pleito absolutório de José Delminda Neto, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

É como voto.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES HÉLCIO VALENTIM e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Crime contra a flora - Área de preservação permanente - Perícia - Valoração da prova - Materialidade - Nova definição jurídica - *Emendatio libelli* - Possibilidade - Erro de proibição - Caracterização - Diminuição da pena - Aplicabilidade

Ementa: Penal e processo penal. Crime ambiental. Regeneração de florestas. *Emendatio libelli*. Descrição contida na denúncia. Regularidade. Prova pericial. Suficiência. Condenação mantida. Erro de proibição evitável. Redução de pena. Recurso parcialmente provido.

- Tendo em vista que o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados, não da capitulação feita pela acusação, é perfeitamente possível a *emendatio libelli* (art. 383, CPP), para condenar o réu por crime de regeneração de florestas, quando a denúncia descreve inteiramente a conduta descrita no tipo penal do art. 48 da Lei 9.605/98.

- A materialidade do crime descrito no art. 48 da Lei 9.605/98 somente se prova por perícia, que deve demonstrar em que consistiu o ato de impedir a regeneração da floresta ou outra vegetação.

- Se o acusado de crime ambiental, campônio, de simples instrução, desconhece o caráter ilícito de sua conduta, aplica-se a minorante prevista no art. 21, *caput*, segunda parte, do Código Penal, sendo-lhe exigível que tivesse diligenciado para conhecer o caráter de sua conduta.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0324.05.035386-5/001 - Comarca de Itajubá - Apelante: Daniel Batista - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HÉLCIO VALENTIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 10 de março de 2009. - *Hélcio Valentim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HÉLCIO VALENTIM - Cuida-se de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da Comarca de Itajubá, contra Daniel Batista, imputando-lhe a prática de fatos tipificados como crime ambiental, de destruição de floresta de preservação permanente, nos termos do art. 38 da Lei nº 9.605/98.

Narra a denúncia que, no dia 16 de setembro de 2005, a pedido do IEF, compareceu a Policia Militar ao bairro dos Pinhos, no Município de Wenceslau Braz, verificando que o denunciado realizou uma aração, para o plantio de batata, de aproximadamente 15.000m^2, em local de preservação permanente, localizado a menos de 50 (cinquenta) metros da margem do Rio Sapucaí-Guaçu.

A inicial acusatória veio acompanhada de inquérito policial, instaurado por meio de portaria (f. 2/53).

Recebida a denúncia (f. 55), o acusado foi regularmente citado (f. 62) e interrogado, ocasião em que confessou parcialmente a autoria dos fatos narrados na inicial (f. 63/64).

Defesa prévia à f. 65.

Durante a instrução, foram ouvidas 3 (três) testemunhas (f. 79/82).

Na fase do art. 499 do CPP, as partes nada requereram (f. 78). Em verdade, essa referência de página se dá em relação ao termo de audiência, quando o juiz abre "vista às partes".

Em alegações finais, o Ministério Público bateu-se pela condenação, nos exatos termos da denúncia (f. 85/86). A defesa, a seu turno, pediu a absolvição. Caso condenado o réu, pediu fosse aplicada a pena mínima, nos termos do art. 68 do Código Penal (f. 87/92).

Sentença às f. 93/96, dando procedência à pretensão acusatória, para julgar o acusado como incurso nas iras do art. 48 da Lei nº 9.605/98, condenando-o a uma pena de 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (uma trigésima parte) do salário-mínimo vigente à data dos fatos, e, na forma do art. 44 do Código Penal, substituiu a reprimenda corporal por prestação pecuniária, fixada no valor de 10 (dez) dias-multas, também no mínimo legal.

As partes foram devidamente intimadas da sentença (f. 98/99).

Inconformada, apelou a defesa do acusado (f. 100), em cujas razões argui a inexistência de comprovação da materialidade relativa ao crime do art. 48 da Lei nº 9.605/98 (f. 101/110).

Em contrarrazões recursais, o Ministério Público rebate a tese defensiva e pugna pela manutenção da condenação (f. 114/117).

A douta Procuradoria de Justiça, no parecer de f. 121/124, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

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 nuli-

dades a serem reconhecidas de ofício.

Mérito.

É de ser dado parcial provimento ao recurso do acusado, tão somente para reduzir a pena aplicada em seu desfavor.

No que tange ao pedido de absolvição, contudo, não procede a reclamação da defesa, em suas razões de apelação, já que a condenação do acusado, pela prática do crime previsto no art. 48 da Lei 9.605/98, encontra amplo suporte nos elementos de prova reunidos ao longo da instrução processual, embora esta tenha sido conduzida para a demonstração da prática do crime previsto no art. 38 daquele mesmo diploma legal.

A alegação defensiva de que a conduta descrita no art. 48 da Lei 9.605/98 não havia sido imputada ao réu pelo *Parquet* na denúncia que iniciou a ação penal não merece acolhida.

Isso porque, ao descrever o fato na inicial acusatória, imputando ao acusado a aragem do terreno situado às margens do rio Sapucaí-Guaçu, na Comarca de Itajubá, o Ministério Público imputou, ainda que de modo implícito, a prática da conduta prevista no art. 48, da Lei 9.605/98. Ora, é de lógica evidente que quem pratica o cultivo de algum gênero agrícola, se não destrói a vegetação original para os fins de iniciar o cultivo, certamente impede, com aquela atividade, a regeneração da vegetação nativa. Por isso mesmo, não se pode alegar que tenha havido cerceamento de Defesa, quando a Sentença condena o réu por fato típico descrito na inicial.

Assim é que a descrição contida na denúncia de f. 2/3, por si só, autoriza o Magistrado a dar a correta capitulação aos fatos, já que deles pôde se defender o réu. Trata-se da figura da *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal. Nesse sentido:

> Não é causa de anulação de sentença o fato de o juiz ter reconhecido delito diverso do capitulado na denúncia, desde que sua descrição conste da mesma (TJSP - *HC* - Rel. Des. Goulart Sobrinho - *RT* 416/75).
>
> Inexiste nulidade na sentença condenatória por infração que, embora não estipulada expressamente, encontra-se perfeitamente descrita na peça vestibular (TACRIMSP - Ap - Rel. Ferreira Leite - *JUTACrim* 30/338).

E, ainda mais precisamente quanto à matéria tratada nestes autos:

> De salientar-se que, embora o promotor tenha denunciado um delito tentado, ele descreveu um furto consumado ao narrar as circunstâncias do fato, permitindo ao juiz a aplicação do disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, sem extrapolar os limites estabelecidos na peça acusatória (TACrimSP - 14ª C. - Ap. 1308565-7 - Rel. Juiz René Ricupero - j. em 07.05.2002 - *Rolo/Flash* 1493/145).

E, embora tenha o Ministério Público capitulado a conduta imputada ao acusado no art. 38 da Lei 9.605/98, o que restou provado, estreme de dúvidas, ao final da instrução processual, foi unicamente o fato de que o acusado Daniel Batista plantava capim em terras de sua propriedade, mas a menos de 50 metros do leito do Rio Sapucaí-Guaçu.

É o que demonstra o boletim de ocorrência de f. 7/10, bem como o próprio interrogatório do acusado, que afirmou:

> [...] que o depoente nega os fatos narrados na denúncia, pois nunca danificou ou destruiu floresta ou vegetação do terreno, esclarecendo que no terreno é feito o plantio de batata e milho; que o depoente informa que na lavoura parte dela é plantada a menos de 50 metros do rio e a outra superior a 50 metros, informando que possui capim anapiê (*sic* f. 63).

O réu, como se vê em seu interrogatório em juízo, apenas confirmou o que afirmara em sede policial:

> [...] que, quanto ao noticiado no BOPM 80.541/05, esclarece que o terreno no qual fez o plantio apenas 50% do mesmo lhe pertence, os outros 50% são arrendados; que não aumentou a área de aração do terreno, sempre respeitou a faixa de proteção da área plantada, seguindo o exemplo de seus antepassados que faziam plantio nesta área (*sic*. f. 11).

Como se lê, o réu assevera, desde a primeira oitiva, que plantava no local desde sempre, isto é, desde que recebera as terras sob sua responsabilidade, quando ali já não havia a vegetação original.

Essa versão dos fatos foi corroborada pela prova testemunhal, colhida às f. 78/82.

Por isso mesmo, o d. Sentenciante entendeu impossível a condenação do acusado nas iras do art. 38 da Lei 9.605/98, que prevê, *verbis*:

> Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:
> Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Lado outro, entendeu por condená-lo nas iras do art. 48 da Lei de Crimes Ambientais, que, por sua vez, dispõe:

> Art. 48. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação:
> Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Como concluiu o Julgador primevo, o acusado, ao continuar plantando capim na área de preservação permanente, impediu a regeneração da vegetação original, incorrendo na figura típica prevista no art. 48 da Lei 9.605/98.

A meu sentir, agiu com acerto o d. Julgador quando entendeu típica no art. 48 da Lei 9.605/98 a conduta praticada pelo acusado Daniel Batista, uma vez que o acusado, de fato, impediu a regeneração da vegetação original, enquanto prosseguia com o plantio de capim.

O *Parquet*, ademais, não obstante haver sido diri-

gida a instrução para a prova da materialidade e da autoria do crime de destruição de florestas (art. 38, Lei 9.605/98), não daquele efetivamente praticado pelo réu, desincumbiu-se devidamente do ônus de demonstrar a efetiva ocorrência do fato típico previsto no art. 48 da Lei de Crimes Ambientais.

Ao contrário do que alega a defesa do apelante, a prova pericial contida às f. 47/48 demonstra cabalmente que a plantação às margens do Rio Sapucaí-Guaçu impedia, sim, a regeneração da vegetação original. Demonstra, igualmente, que a vegetação nativa desempenha função essencial para evitar o assoreamento daquele manancial.

No ACD, assim afirmam os peritos:

> Segundo AI 8054/05 houve supressão de vegetação rasteira em área submetida ao regime de preservação permanente, num total de 15.000 metros quadrados, à margem direita do Rio Sapucaí-Guaçu. No ato da vistoria, a área encontrava-se ocupada por plantio agrícola, qual seja capim do grupo 'elefante'.
> O dano ambiental neste caso diz respeito ao impedimento de vegetação que protege manancial hídrico e oferece suporte ao fluxo gênico de fauna e flora (*sic*. f. 47/48).

A meu sentir, resta suficientemente provada a prática, pelo acusado Daniel Batista, do crime previsto no art. 48 da Lei 9.605/98.

Todavia, verifico ser necessária pequena correção na dosagem da pena encontrada pelo d. Sentenciante. É que vislumbro, *in casu*, a ocorrência de relevante minorante da Parte Geral do Código Penal, qual seja o chamado erro de proibição evitável, que autoriza a redução da pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

Como se extrai de ambas as declarações do réu, campônio, de instrução simples, ele acreditava firmemente que a plantação de capim, tal como vinha fazendo há anos, não violava qualquer norma jurídica. A falta de conhecimento atual da ilicitude, pelo réu, afigura-se-me plausível, uma vez que, desde a década de 1980, ele ali desenvolve aquela mesma atividade agrícola, sendo que, quando adquiriu as terras, já vinham sendo empregadas tais formas para o cultivo de batata, capim e outros gêneros agrícolas.

Como afirma a testemunha João Vitor da Costa, também agricultor, revelando a incomum inocência do homem do campo, trabalhador esforçado e seguidor das tradições locais:

> [...] que o depoente informa que existia capim na margem do rio, mas na época da lavoura, era arado e servia como adubo orgânico; que o depoente informa que lá nunca existiram árvores, apenas capim anapiê, angola e braquiária; [...]; que o depoente informa que o acusado Daniel adquiriu o terreno há mais de 10 anos, esclarecendo que ninguém respeita, na localidade, os 50 metros da margem do rio (*sic*. f. 81).

Assim, remontando a tempos imemoriais o desmatamento que deu origem à plantação às margens do rio, o acusado, tal como outros camponeses na mesma situação, ali vinha desenvolvendo a tal atividade agrícola, sem a consciência de que violava a Lei de Crimes Ambientais ou qualquer outra norma.

Todavia, é certo que o acusado possuía plenas condições para conhecer a ilicitude de seu comportamento, mormente com a divulgação, pela mídia ou pelo senso comum, de que o meio ambiente vem demandando atenção e cuidado, pois os efeitos da poluição começam a se fazer sentidos pela civilização moderna.

Cuida-se, assim, da clara hipótese prevista no art. 21 do Código Penal, a saber:

> Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.
> Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Como ensina Guilherme de Souza Nucci:

> [...] trata-se do erro sobre a ilicitude do fato que não se justifica, pois, se tivesse havido um mínimo de empenho em se informar, o agente poderia ter tido conhecimento da realidade. Ex.: abstendo-se do seu dever de se manter informado, o agente deixa de tomar conhecimento de uma lei, divulgada na imprensa, que transforma em crime determinada conduta. Praticando o ilícito, não poderá ver reconhecida a excludente de culpabilidade, embora lhe sirva ela como causa de redução da pena, variando de um sexto a um terço (*Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 211).

In casu, embora o desconhecimento da ilicitude da conduta do acusado não autorize a isenção de pena, já que o acusado possuía a consciência potencial da ilicitude de sua conduta - vale dizer: com o mínimo de diligência, é certo que a falta desta consciência reduz sensivelmente a reprovação que incide sobre aquela mesma conduta.

Por essa razão, subscrevendo a pena-base fixada pelo Julgador primevo, em 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, mantida na fase de fixação da pena provisória, reduzo-a em 1/3 (um terço), na forma do art. 21, *caput*, segunda parte do CP, fixando-a, definitivamente, em 4 (quatro) meses de detenção e 6 (seis) dias-multa.

O dia-multa será mantido em 1/30 (uma trigésima parte) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal, determino que o regime para o cumprimento da pena será o aberto.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena corporal, tal como fez o Juiz, por 1 (uma) pena de multa, no mínimo legal, de 10 (dez) dias-multa, também fixados em 1/30 (uma trigésima parte) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Tudo considerado, dou parcial provimento ao recurso defensivo, para reconhecer a minorante do art. 21, *caput*, segunda parte, do Código Penal e fixar a pena, definitivamente, em 4 (quatro) meses de detenção e 6 (seis) dias-multa, fixando o dia-multa em 1/30 (uma trigésima parte) do salário-mínimo vigente à data dos fatos, substituída a pena corporal por 1 (uma) pena de multa, fixada em 10 (dez) dias-multa, estes também no mínimo legal.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO e MARIA CELESTE PORTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Homicídio doloso - Disputa automobilística - Dolo eventual - Desclassificação do crime para delito de trânsito - Impossibilidade - Sentença de pronúncia - Qualificadora manifestamente improcedente - Exclusão

Ementa: Sentença de pronúncia. Motorista que participava de "pega". Atropelamento da vítima. Desclassificação. Crime de trânsito. Impossibilidade. Decotação da qualificadora. Cabimento. Recurso parcialmente provido

- Se há indícios de que o agente atropelou a vítima, que veio a falecer, em razão de se encontrar participando de disputa de velocidade, vulgarmente conhecida como "pega", não há como desclassificar a sua conduta para crime de trânsito, devendo ser ele levado a julgamento perante o Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados.

- Em sendo a qualificadora de motivo fútil manifestamente improcedente, deve ser mantida a decisão que a excluiu da pronúncia.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0629.07.036154-4/001 - Comarca de São João Nepomuceno - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Marcelo de Oliveira - Relator: DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 5 de março de 2009. - José Antonino Baía Borges - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - O acusado Marcelo de Oliveira havia sido denunciado pela prática do crime do art. 121, § 2º, II, c/c art. 61, *h*, ambos do CP. Pela sentença de f. 309/318, o MM. Julgador desclassificou a conduta descrita na denúncia para o delito do art. 302 do CTB.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, pedindo a pronúncia do acusado nos termos da denúncia e a revogação da decisão que concedeu liberdade provisória (f. 319, arrazoado às f. 322/352).

A defesa apresentou contrarrazões pela manutenção da decisão (f. 353/354).

Mantida a decisão no juízo de retração (f. 356), subiram os autos, tendo a d. Procuradoria opinado pelo provimento (f. 359/366).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Consta da denúncia que, no dia 22 de abril de 2007, na cidade de São João Nepomuceno, o acusado Marcelo de Oliveira se encontrava em um campo de futebol onde, na companhia de Carlos Augusto Oliveira Castro e de terceiros, fazia uso de bebida alcoólica.

Consta igualmente que, no momento em que o réu se preparava para ir embora, conduzindo seu automóvel, um Fusca, placa KTA 5913, o seu amigo Carlos Augusto emparelhou uma motocicleta Honda CBX 150, placa GRS 0552, sendo que eles conversaram um pouco e partiram dali, concomitantemente, indo em direção ao centro da cidade.

Por fim, segundo a denúncia, o acusado Marcelo e seu amigo trafegavam em alta velocidade, por uma estrada vicinal, disputando quem chegaria primeiro ao local para onde iriam, sendo que, em determinado ponto do trajeto, Carlos ultrapassou o réu e se distanciou um pouco dele, quase atropelando pedestres que passavam por ali. Contudo, pouco tempo depois, o aludido denunciado, após passar por uma curva, não conseguiu controlar o seu carro, devido à alta velocidade em que estava, e atingiu o Sr. Osvaldo Knop, que acabou falecendo devido ao atropelamento sofrido.

Data venia, entendo que razão assiste ao Ministério Público em pedir que o acusado seja julgado pelo Tribunal do Júri, que é juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, uma vez que existem evidências que pre-

cisam ser melhor examinadas, indicando que o referido agente pode realmente ter agido com dolo eventual no dia dos fatos.

Segundo a testemunha Aparecida Mara Marcelino, o acusado estava em uma festividade, momentos antes de os fatos ocorrerem, acompanhado de um amigo. Conforme esclarece a depoente, o réu fazia uso de bebida alcoólica e foi embora dirigindo o seu automóvel, sendo acompanhado do aludido amigo que foi pilotando uma motocicleta (f. 56/57).

A testemunha Iracema de Jesus Nascimento França afirmou que

> caminhava com sua irmã e os quatro netos, passando próximo a uma cerca de bambus[...] que presenciou, numa curva, uma motocicleta que trafegava na direção contrária da declarante e dos demais, a qual passou em alta velocidade e quase os atropelou, ainda que estivessem bem próximos da cerca; que logo em seguida veio o veículo VW/Fusca, atrás da motocicleta, em alta velocidade atropelando o Sr. Osvaldo, que vinha caminhando na direção e do mesmo lado que a declarante e os demais próximos ao meio-fio [...] que a rua não é muito estreita e passam dois veículos (f. 10/11, 204/206).

Por sua vez, a testemunha Marlene de Jesus do Nascimento afirmou

> que presenciou o Sr. Osvaldo andando no meio-fio, à frente da declarante vindo ao seu encontro; que ato contínuo um veículo Fusca de cor amarela atropelou o Sr. Osvaldo, atingindo-o pelas costas, jogando-o para o alto, e com o pára-choque foi empurrando a vítima, passando pela declarante e os demais, pelo que a declarante empurrou as crianças para a cerca, e o veículo passou cerca de 20 cm de distância de seus corpos [...] que os pés da vítima passaram próximos da declarante e das duas crianças, as quais caíram no chão (f. 9/10, 202/203).

A policial Maria Tereza Ferreira, responsável pela prisão do réu, disse que este apresentava sinais de embriaguez (f. 199/200).

Oportuno ressaltar que o recorrido, conquanto tenha negado que estivesse disputando uma corrida, confirmou que, momentos antes do atropelamento, havia sido ultrapassado pelo seu amigo Carlos, que estava pilotando uma motocicleta (f. 12/13). Ao ser ouvido, este ratificou a assertiva feita pelo acusado (f. 14).

De acordo com a perícia feita no local, havia marcas pneumáticas de aproximadamente 30m de extensão deixadas pelo veículo do acusado, referidas marcas se iniciavam no curso da pista de rolamento e acabavam em cima da calçada (f. 122). Ainda, conforme a prova técnica, a velocidade admitida para o local era de 40 km/h (f. 120).

Em que pese o fato de o acusado ter dito que estava dirigindo a 40 km/h, as testemunhas Reinaldo Lima e Charles de Souza Carloto, que estavam de carona respectivamente com o réu e com Carlos, garantiram que os envolvidos conduziam os seus veículos a pelo menos 60 km/h (f. 48/49-v.).

Assim sendo, o que se constata é que existem alguns indícios de que o acusado possa ter atropelado a vítima, em razão de estar participando de uma disputa de velocidade, vulgarmente conhecida como "pega" ou "racha", em lugar indevido.

Como se já não bastasse, por si só, a imprudência da competição realizada, como já mencionado, em local inapropriado, o fato de o réu ter ingerido bebida alcoólica pode ter contribuído para o trágico desfecho.

Ao que parece, o denunciado agiu com dolo eventual, porque conduzia o seu veículo de maneira inadequada, imprimindo velocidade exacerbada e participando de competição imprópria para a via em que trafegava, contando com o risco, e ignorando-o, de provocar danos a outros veículos e a pedestres que por ali caminhavam.

Pelo exposto, não há como desclassificar, neste instante, a conduta do acusado para crime de trânsito. É que existem elementos que estão a indicar que o recorrido pode ter agido com dolo eventual e, sendo assim, deve ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, que, como já dito, é o juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, oportunidade em que poderá, naturalmente, defender essas suas teses defensivas.

Sendo assim, deve o recorrente ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida.

Contudo, no que toca à qualificadora, *data venia*, tenho que ela é manifestamente improcedente, não devendo ser inserida, uma vez que não há elementos a indicar que o acusado tenha agido por motivo fútil. Entendo, igualmente, que o simples fato de o agente praticar um homicídio sem que haja um motivo aparente, não é o quanto basta para pronunciá-lo como se tivesse praticado um homicídio qualificado por motivo fútil.

Dessa maneira, pronuncio Marcelo de Oliveira como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, c/c art. 61, II, *h*, ambos do CP.

Todavia, não há como revogar a liberdade provisória concedida ao réu, porquanto inexistem motivos legais que justifiquem a decretação de sua custódia, no presente momento. A certidão a que se refere o insigne Promotor é insuficiente para justificar o seu recolhimento à prisão, levando-se em conta que não se trata de certidão de antecedentes emitida pelo Poder Judiciário, que é o documento hábil para se comprovar primariedade e existência de antecedentes. O documento ao qual se refere o recorrente é uma folha de antecedentes confeccionada pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro (f. 279/283).

Da leitura dos autos, vê-se que não há registro de que o recorrente ofereça perigo à ordem pública ou

econômica e não há indícios de que possa obstruir a instrução criminal. Ademais, é preciso que se considere que o réu não está sendo pronunciado por crime hediondo ou a ele equiparado. Assim sendo, mantenho a decisão que concedeu liberdade provisória ao acusado.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso interposto para pronunciar o réu como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, c/c art. 61, II, *h*, ambos do CP.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e VIEIRA DE BRITO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Roubo impróprio - Desclassificação do crime - Furto e ameaça - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação - Réu pobre - Pena de multa - Isenção - Inadmissibilidade

Ementa: Apelação criminal. Roubo impróprio. Desclassificação para furto e ameaça. Impossibilidade. Violência e grave ameaça perpetrada para assegurar a detenção da coisa subtraída. Isenção da pena de multa. Inadmissibilidade.

- Havendo prova, estreme de dúvida, de ter o agente empregado ameaça e violência contra a vítima para garantir a detenção da coisa subtraída, não há falar-se na desclassificação para o crime de furto em concurso com o de ameaça, visto que configurado o delito de roubo impróprio.

- A pena de multa decorre da condenação, sendo, pois, impossível sua isenção ao argumento de que o réu é pobre e não pode com ela arcar.

Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0362.06.072130-9/001 - Comarca de João Monlevade - Apelante: Walisson Magela Maia - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FORTUNA GRION

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de março de 2009. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - O Ministério Público denunciou Walisson Magela Maia, já qualificado nos autos, como incurso nas iras do art. 157, § 1º, do CP, isto porque teria ele, em 30.05.06, por volta das 15 horas, na Rua Sagitário, 530, Monte Sagrado, em João Monlevade, subtraído um boné e um filhote de cachorro de propriedade do adolescente F.S.T., bem como teria empregado violência contra a vítima para assegurar a impunidade do crime.

Narra a denúncia que o acusado, após guardar os objetos subtraídos em sua casa, retornou ao local dos fatos e, aproveitando-se da circunstância de estar a vítima sozinha em sua casa e contar com apenas 13 anos de idade, empurrou-a contra a parede e a agrediu com uma corrente de ferro no afã de apropriar-se de outros exemplares de filhotes caninos e, por palavras, com a intenção de garantir sua impunidade, prometeu quebrar toda a casa da vítima se esta noticiasse o fato à autoridade policial.

Relata, ainda, a proemial que os bens foram apreendidos e avaliados, dentre eles a corrente empregada para a prática de violência por parte do acusado.

Após a instrução probatória, foi o réu condenado como incurso nas iras do art. 157, § 1º, do CP, tendo sido submetido às penas privativa de liberdade de quatro anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e pecuniária de dez dias-multa de valor unitário igual a um trigésimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Inconformada, recorreu a defesa, buscando, em suas razões de f. 112/117, a absolvição do acusado por ausência de prova segura da prática delituosa. Alternativamente, pede a desclassificação do delito de roubo impróprio para o de furto simples e o de ameaça. Por fim, pugna pela isenção do pagamento da pena de multa.

Em contrarrazões, o Ministério Público manifesta-se pelo desprovimento do recurso, bem como pela manutenção da sentença.

Nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça, em parecer de f. 131/140, opinou pelo desprovimento do apelo.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ausentes preliminares, passo à análise do mérito.

Requer a defesa a absolvição do acusado por ausência de prova segura da prática delituosa.

Tenho que razão não lhe assiste.

A materialidade encontra-se positivada pelo auto de apreensão da *res furtiva*, f.16, pelo termo de restituição dos bens à vítima, f. 22, e pelo laudo pericial de avaliação de f. 24.

A autoria da subtração, bem como a violência empregada contra a vítima, restaram confessadas pelo réu em sede embrionária.

Vejamos:

> [...] estava passando pela rua, momento em que viu seu vizinho, F. sozinho no portão da casa, brincando com seu cãozinho; que o declarante ao vê-lo acabou por pegar o cãozinho; que, quando estava saindo de posse do cachorro, o F. tentou impedi-lo de levá-lo, foi quando pegou a corrente de ferro de F. e passou em seu pescoço; [...] que, com a chegada do Sr. Rodolfo, o declarante acabou o soltando e no momento que foi evadir-se, pegou de F. o boné que usava; [...]; que quando a polícia chegou em sua casa juntamente com a vítima, o declarante encontrava-se brincando com o cãozinho, o qual foi apreendido pelos militares e entregue a F. (f. 08).

Em juízo, o acusado negou a subtração do cão, bem como negou haver ameaçado a vítima.

A negativa judicial do increpado não merece guarida, de sorte que há, nos autos, provas estremes de dúvida de sua culpabilidade, através das palavras da vítima, da testemunha presencial e do condutor que, sob o crivo do contraditório, declararam:

> [...] que, no dia do fato, saiu de casa com seu primo levando consigo um filhote de cão, filhote este que estava no chão, próximo do declarante quando o acusado pegou o referido animal, dizendo que ficaria com o cão para ele; que o acusado sabia que o cão pertencia ao declarante, porque mora quase em frente sua casa; [...] que, apesar de o declarante insistir para que o acusado devolvesse o animal, ele se recusou levando o cão para casa; que, naquela oportunidade, o acusado, depois da insistência do declarante para que devolvesse o cão, jogou pedra no declarante, não lhe acertando, momento em que o declarante deixou cair no chão seu boné, que também foi subtraído pelo acusado; que, quando o declarante já estava no interior de sua casa, sem permissão, o acusado entrou no terreiro de sua casa, dizendo que queria mais cães [...]; que, naquele momento, o acusado tomou a corrente de prender a cadela que estava nas mãos do declarante, passando a chutar o declarante, tentando lhe derrubar; [...] antes de passar a corrente em seu pescoço, seu vizinho Rodolfo chegou xingando o acusado, ocasião em que o acusado foi para a rua, mas xingou Rodolfo e a mulher do mesmo e falou que ia apedrejar a casa, quebrar tudo; que sofreu um arranhão no braço no momento em que foi empurrado pelo acusado, caindo em uma tela no terreiro da casa do declarante; que os bens subtraídos já foram restituídos [...] (F.S.T. - f. 63/64).

> [...] que confirma o depoimento prestado na fase policial, lido em voz alta, f. 23, ou seja: 'que, quando ouviu gritos vindos da casa de F., foi ver o que estava acontecendo; que, ao chegar, deparou com o F. acuado nos fundos do quintal, e à sua frente, o Lalin, um outro vizinho; que Lalin estava segurando com as duas mãos uma corrente de ferro; que conversando com Lalin fez com que ele saísse e fosse embora; que, antes mesmo de sair, o Lalin ameaçou jogar corrente em F., somente não jogando pelo fato do declarante com sua bengala o ter impedido; que já na rua o Lalin começou a falar e disse que não tinha medo de polícia e, caso chamasse a polícia, ele iria quebrar toda a casa, começando a falar palavra de baixo calão [...]; que, após o ocorrido, veio a saber que F. tinha recuperado o seu cachorrinho [...] (Rodolfo Alves Martins - testemunha - f. 66).

> [...] que foi o relator do boletim de ocorrência lavrado referente ao fato narrado na denúncia; que confirma a ocorrência policial lida em voz alta, f. 13, ou seja : ' [...] tendo relato a vítima, o menor, que quando se encontrava defronte à sua residência foi abordado pelo autor que pegou um filhote de cão, digo, de cão de sua propriedade, momento em que, ao tentar reaver o animal, o autor apoderou-se da corrente usada para prender cachorros, passando-a em seu pescoço e vindo a tentar enforcá-lo, sendo necessário a intervenção da testemunha Rodolfo Alves Martins, que evitou que o autor enforcasse a vítima, momento em que foi subtraído seu boné. A vítima apresentava arranhões no pulso direito e, segundo os demais envolvidos, o autor ainda ameaçou depredar a residência caso a polícia fosse chamada [...] (José Geraldo - condutor - f. 65 e 13).

Demais disso, importa consignar que, nos delitos de roubo, a palavra da vítima merece especial credibilidade, de sorte que esta mantém contato visual e verbal com o autor do crime.

Na esteira desse entendimento, o trato pretoriano:

> Em crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima é de fundamental importância para identificação do autor, mesmo porque a execução desses delitos sempre se dá de forma favorável ao agente ativo que se traduz na vulnerabilidade da vítima e ausência de testemunhas (TACRIM-SP - Rev. - Rel. Oldemar Azevedo - *RJTACRIM* 31/408).

> A palavra da vítima, quando se trata de demonstrar a ocorrência de subtração e do reconhecimento da autoria em um roubo, é de suma valia. Ela é a pessoa que possui contato direto com o roubador ou com os roubadores. Se o delito é praticado na presença de outras pessoas, os depoimentos destas são importantes para robustecer as declarações da vítima. Se o delito é praticado, sem que outra pessoa o presencie, a palavra da vítima é que prepondera (TACRIM-SP - Ap. Crim. - Rel. Juiz Almeida Braga - in *JUTACRIM* 100/250).

Posto isso, tenho que a autoria e a materialidade do crime estão nitidamente demonstradas na prova dos autos, razão pela qual rejeito o pleito absolutório fincado na alegação de falta de prova.

Requer, outrossim, a defesa, a desclassificação do delito de roubo impróprio para o de furto simples em concurso com o crime de ameaça.

Aqui, melhor sorte não o socorre.

É que o tipo insculpido no art. 157, § 1°, do CP, denominado pela doutrina como roubo impróprio, caracteriza-se quando o agente emprega violência ou grave ameaça para obter êxito na subtração, mas logo após sua prática, com o fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa.

No caso *sub judice*, a violência e a grave ameaça foram empregadas pelo agente para assegurar a detenção da coisa.

Em verdade, extrai-se dos autos, sobretudo das declarações da vítima, haver o apelante praticado dois

crimes de roubo, haja vista a existência de lapso temporal, ainda que curto, entre a execução das condutas delitivas.

O primeiro, roubo impróprio - o agente subtraiu o animal e, quando a vítima tentou reavê-lo, foi ameaçada e apedrejada pelo réu.

O segundo, roubo próprio tentado - o apelante, após efetuada a primeira subtração, na rua, esperou a vítima adentrar sua residência, vindo, posteriormente, a entrar no quintal da casa desta, ocasião em que a agrediu e a ameaçou com o fim de subtrair outros caninos, sendo impedido de consumar o injusto pela pronta intervenção da testemunha Rodolfo.

Entretanto, em obediência ao princípio da *no reformatio in pejus*, e tendo em vista o inconformismo ministerial, não há como fazer a adequação típica das condutas descritas na prefacial acusatória para reconhecer os dois crimes de roubo praticados pelos agentes.

Assim, retomando a tese desclassificatória da defesa, tenho que não merece guarida, visto que demonstrado, à saciedade, o emprego de violência e grave ameaça contra a vítima - elementar do crime de roubo - com o fim de garantir a detenção da coisa subtraída, razão pela qual rejeito o pedido.

Pleiteia, ainda, a defesa, a absolvição do acusado ao argumento de que um cão de estimação não tem valor econômico, razão pela qual a conduta do réu é atípica.

Penso razão não o socorrer, de tal arte que os semoventes como bovinos, equinos, caprinos, caninos, etc. são tidos, pela doutrina, como coisas móveis dotadas de valor econômico, portanto passíveis de subtração.

Com efeito, alguns semoventes podem ser comercializados, tanto que muitas pessoas extraem dessa atividade comercial o seu sustento, mormente no comércio de bois, cavalos, aves, cães, gatos, etc. E com os viralatas não é diferente, de sorte que também possuem valor econômico como faz certo o laudo pericial de avaliação de f. 24.

Por todo o exposto, rejeito a tese.

Finalmente, quanto ao pedido de isenção do pagamento da pena de multa, penso razão não o socorrer.

A isenção do pagamento da multa é inadmissível, de sorte que esta decorre da condenação. É pena principal como a privativa de liberdade, obrigado estará o réu, se condenado, a cumpri-la.

Nesse sentido, o trato pretoriano:

> Apelação criminal. Furto qualificado. Posse tranqüila da *res furtiva*. Delito consumado. Reprimenda e regimes justificados. Confissão. Pedido de isenção das custas e da pena de multa. Impossibilidade. Induvidosas materialidade e autoria, entende-se haver suficientes razões para que o decreto condenatório seja mantido. Réu pobre no sentido legal, situação que não o isenta da quitação. O pagamento, no entanto, deve ficar sobrestado pelo prazo de 05 anos, prescrevendo se dentro desse período o sentenciado não puder satisfazer a obrigação - Inteligência do art. 12 da Lei 1.060/50. A isenção do pagamento da pena de multa é inviável, visto que decorrente da sanção penal. Recurso desprovido. (Apelação Criminal nº 1.0073.04.018667-5/001 - Relator Des. Ediwal José de Morais - j. em 22.03.06).

De resto, penso que as reprimendas impostas ao réu e o regime prisional fixado para o cumprimento da pena reclusiva não merecem reparo.

Mercê de tais considerações, nego provimento ao recurso para manter integralmente a sentença hostilizada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JANE SILVA e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Lesão corporal gravíssima - Perda de dente - Desclassificação para lesão corporal grave - Possibilidade - Legítima defesa - Não caracterização - Confissão espontânea - Fixação da pena - Mínimo legal - Redução - Impossibilidade - Maus antecedentes - Regime semiaberto - *Sursis* - Não cabimento - Substituição da pena - Restritiva de direitos - Inadmissibilidade

Ementa: Direito penal. Lesão corporal gravíssima. Legítima defesa afastada. Perda de dente. Inexistência de deformidade permanente. Desclassificação. Necessidade. Confissão espontânea. Reconhecimento. Redução da pena. Impossibilidade. Súmula 231 do STJ. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- Não há que se falar em legítima defesa se não restaram comprovados nos autos os requisitos exigidos para sua configuração, quais sejam a agressão injusta, atual ou iminente a direito próprio ou alheio; os meios necessários usados moderadamente; e o chamado *animus defendendi*.

- A perda de um dos dentes da vítima não pode ser considerada deformidade permanente, visto ser reparável por recursos da odontologia, não se podendo, por isso, qualificar a conduta do acusado pelo previsto no inciso IV do § 2º do art. 129 do Código Penal.

- Se o laudo pericial concluiu que a perda do elemento dentário causou debilidade permanente da função masti-

gatória da vítima, impõe-se desclassificar a conduta do réu para aquela prevista no inciso III do § 1º do art. 129 do Código Penal.

- A incidência das circunstâncias atenuantes não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, conforme Súmula nº 231 do STJ.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0223.03.126830-1/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Deusdete Silvio Pereira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 31 de março de 2009. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de apelação criminal interposta por Deusdete Silvio Pereira contra a sentença de f. 97/102, por meio da qual o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Divinópolis julgou procedente a denúncia para condenar o apelante como incurso nas sanções do art. 129, § 2º, IV, do Código Penal à pena de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto.

Em suas razões de recurso, às f. 116/123, pugna o apelante pela sua absolvição pelo reconhecimento da legítima defesa, ao argumento de que "agiu com intenção de se defender, utilizando meios excessivos para repelir a agressão da vítima, estando, sim, configurados os elementos presentes configuradores da excludente previstos no art. 25 do Código Penal" (f. 120). Requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea para fins de redução da pena cominada. Pleiteia, ainda, a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena.

Contrarrazões do órgão acusador às f. 123/129, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Nesse mesmo sentido também o parecer de f. 132/133 da Procuradoria-Geral de Justiça.

O réu foi intimado pessoalmente da sentença à f. 112.

É o breve relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Narrou a denúncia que,

> [...] no dia 07.09.2003, por volta de 23 horas, à Rua Alexandrina Figueiredo, 1.921, Bairrro Juza Fonseca, nesta cidade; o denunciado Deusdete agrediu seu irmão Israel Aparecido Pereira, mediante socos, chutes e ainda com emprego de instrumento contundente, causando-lhe lesões corporais de natureza gravíssima, ocasionando deformidade permanente e debilidade permanente da função mastigatória, conforme ACD de f. 16.

Prossegue a narrativa, *in verbis:*

> O entrevero se deu após a ingestão de bebida alcoólica por ambos os envolvidos, que, ao chegarem em casa, começaram a discutir e se agredirem, momento em que Deusdete desferiu um golpe com uma barra de ferro (pé de vela) contra seu rosto e sua cabeça, vindo este a desmaiar, sendo, em seguida, encontrado pelos pais, caído ao solo, muito machucado (f. 02/03).

Assim, foi o apelante acusado da prática do crime previsto no art. 129, § 2º, IV, do Código Penal, e, após regular tramitação, sobreveio a sentença que o condenou à pena de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto.

A materialidade e a autoria do delito restaram devidamente comprovadas, tanto que não foram objeto de recurso, almejando a defesa a absolvição do apelante, com o reconhecimento da legítima defesa.

O pleito absolutório do acusado não merece prosperar, não havendo que se falar em legítima defesa, na espécie.

Dispõe o art. 25 do CP: "entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".

O Código exige, pois, para se caracterizar a legítima defesa, que concorram os seguintes requisitos, simultaneamente: a agressão injusta, atual ou iminente; o direito próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente; e o chamado *animus defendendi*.

Ora, compulsando os autos, observa-se que o crime em tela foi praticado na total clandestinidade, porquanto não existem testemunhas presenciais, sendo que na casa onde os fatos aconteceram estavam apenas a vítima e o acusado.

O apelante em seu interrogatório, em juízo, confessou parcialmente os fatos narrados na denúncia e disse que desferiu um golpe com a barra de ferro em seu irmão porque ele o enforcava, veja-se:

> [...] que são parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia; [...] que realmente desferiu um golpe com a barra de ferro em seu irmão, mas, no entanto, o fez porque este o enforcava; que a briga teve início em razão de bebedeira; que infelizmente não teve como o declarante se soltar sem usar a barra de ferro, sendo que isto é que seria o ideal; [...] (f. 45).

A vítima Israel Aparecido Pereira, por sua vez, esclareceu à autoridade judiciária que realmente tentou

enforcar o apelante, no intuito de se defender das pancadas que estava recebendo dele, *in verbis*:

> [...] não se lembra o motivo da briga; o acusado veio e deu 'umas pancadas' no depoente, que reagiu; foi o acusado quem começou a briga; não se lembra direito como começou; perdeu o dente na briga; tanto o depoente quanto o acusado haviam bebido no dia; o acusado acertou um cano no rosto do depoente; [...] realmente tentou enforcar o irmão, mas não se lembra quando, dizendo apenas que não foi antes das agressões do irmão, pois foi ele quem começou a briga; tentou enforcá-lo para se defender [...] (f. 68).

In casu, restou provado que houve uma briga entre a vítima e o réu, que são irmãos, em virtude da ingestão de bebida alcoólica de maneira excessiva. O recorrente afirma que desferiu um golpe com uma barra de ferro em seu irmão, porque este tentava o enforcar. A vítima, por seu turno, disse que realmente tentou enforcar seu irmão, mas foi para se defender, já que foi ele quem iniciou o entrevero.

Pois bem. Ainda que se admita verdadeira a versão do recorrente de que a vítima estivesse tentando enforcá-lo, nesse caso, estaria cumprido o primeiro requisito para o reconhecimento da legítima defesa, qual seja a agressão injusta e atual feita pela vítima a direito do acusado.

O que não se tem, todavia, na espécie, são os outros dois elementos previstos na norma citada, quais sejam o uso moderado, por parte do apelante, do meio necessário para a repulsa da agressão e o seu *animus defendendi*.

Como ensina Cezar Roberto Bitencourt:

> Necessários são os meios suficientes e indispensáveis para o exercício eficaz da defesa. Se não houver outros meios, poderá ser considerado necessário o único meio disponível. Mas, nessa hipótese, a análise da moderação deverá ser mais exigente. Mas, além de o meio utilizado ser o necessário para a repulsa eficaz, exige-se que o seu uso seja moderado. Essa circunstância deve ser determinada pela intensidade real da agressão e pela forma do emprego e uso dos meios utilizados. Como afirma Welzel, 'a defesa pode chegar até onde seja requerida para a efetiva defesa imediata, porém, não deve ir além do estritamente necessário para o fim proposto' (*Tratado de direito penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 319).

Ora, não se pode admitir como legítima a defesa empregada pelo apelante, considerando que, para repelir uma possível agressão da vítima que estava bêbada, pôs em risco a vida desta, desferindo-lhe um golpe com uma barra de ferro contra o seu rosto e sua cabeça.

A testemunha Maria Pinto Regina, em juízo, assim esclareceu:

> [...] não presenciou a briga; não sabe o motivo; quando chegou, a vítima já estava 'toda estourada', e a depoente o levou para o hospital; a vítima perdeu muito sangue, perdeu um dente; não sabe quantos dias ele ficou internado; [...] a vítima entrou em coma; [...] (f. 67).

A testemunha Joza Pedro Regina, embora tenha informado que a vítima não teria entrado em coma, disse que às vezes ele "saía do ar" (f. 68).

Ressalto, ainda, que, além da desproporção entre as ações em cotejo, o apelante também não comprovou ter agido com *animus defendendi*, não podendo se escusar da responsabilidade que se lhe imputa sob a alegação de ter agido em legítima defesa.

Andou bem, pois, a sentença atacada ao condenar o apelante, não havendo que se falar em sua absolvição, sendo impossível reconhecer a incidência da legítima defesa à espécie.

Lado outro, considerando a ampla devolutividade do recurso, julgo que é o caso de se desclassificar o delito praticado pelo acusado de lesão corporal de natureza gravíssima para lesão corporal de natureza grave, previsto no art. 129, § 1°, inciso III, do Código Penal.

Isso porque não se pode admitir, no presente caso, a qualificadora da deformidade permanente (inciso IV do § 2° do art. 129 do CP), pois, não obstante comprovada a perda de um dente incisivo anterior da referida vítima, não se trata de perda irreparável ante os recursos hodiernamente apresentados pela odontologia.

Deformidade permanente, segundo o conceito de Damásio E. de Jesus, "consiste no dano estético de certa monta, permanente, visível, irreparável e capaz de causar impressão vexatória. A lesão estética deve ser de molde a causar impressão vexatória" (*Código Penal anotado*, p. 338).

Dessarte, para que reste configurada a deformidade permanente, é imprescindível que haja uma transfiguração considerável na vítima, que lhe cause constrangimento. Além disso, deve ser percebida à primeira vista e que seja a causa de certo sentimento de repulsa a quem vê, o que não ocorre no presente caso.

Com efeito, a hipótese versada nos autos trata de debilidade permanente da função mastigatória, uma que vez que tal função da vítima restou deficitária, conforme concluiu o laudo de f. 16, o que faz incidir, na espécie, a qualificadora do inciso III do § 1° do art. 129 do CP, impondo-se desclassificar a conduta do réu.

O renomado e já citado Cezar Roberto Bitencourt assim define a debilidade permanente:

> Debilidade é a redução ou enfraquecimento da capacidade funcional da vítima. Permanente, por sua vez, é a debilidade de duração imprevisível, que não desaparece com o correr do tempo. Apesar do sentido etimológico de permanente, tem-se admitido que não é necessário que seja definitiva. Na verdade, para o reconhecimento da gravidade da lesão por resultado debilidade permanente, não é necessário que seja perpétua e impassível de tratamento reeducativo ou ortopédico. Essa recuperação artificial já é, por si só, caracterizadora do estado permanente da debilidade acarretada pela lesão; é mais que suficiente para atestar a gravidade da lesão (*Tratado de direito penal 2*. Parte especial, dos crimes contra a pessoa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 168-169).

A jurisprudência deste colendo Tribunal também reflete esse entendimento:

> Penal. Lesão corporal dolosa gravíssima. Perda de dente. Deformidade permanente. Desclassificação. Necessidade. - A perda de um dente decorrente da violência corporal exercida não pode ser considerada deformidade permanente, já que a perda de um dente não gera transtorno físico suficiente para se dizer que houve alteração de certa monta, a ponto de se tornar indelével (TJMG - Ap. Crim. 1.0439.03. 018574-8/001 - Relatora Des.ª Maria Celeste Porto, pub. em 15.12.2007).

> Lesões corporais gravíssimas. Deformidade permanente. Perda de um dente. Inexistência de dano estético de vulto e de caráter permanente. Desclassificação.
> - Ao reconhecimento da qualificadora da deformidade permanente é indispensável a existência de um dano estético de certo vulto, uma desfiguração notável ou chocante. Assim, a perda de um dente não caracteriza a qualificadora, podendo configurar, quando muito, a debilidade permanente, desde que comprovada pela perícia a redução do órgão mastigador.
> - Recurso conhecido e provido (TJMG - Ap. Crim. 1.0000.00.143774-8/000 - Relator Des. Gudesteu Biber - pub. em 21.05.1999).

> Apelação. Lesão corporal gravíssima. Desclassificação para lesão corporal grave. Inexistência de deformidade permanente. - A perda do dente não caracteriza dano estético, mas sim funcional, o que configura debilidade permanente de função, no caso, a mastigatória. De forma alguma se vislumbra a deformidade permanente, no sentido técnico exigido pelo Direito Penal (TJMG - Ap. Crim. 1.0112.02.025257-6/001 - Relator Des. Paulo Cezar Dias - pub. em 11.06.2008).

Ante tais considerações, impõe-se a desclassificação do delito praticado contra a vítima Israel Aparecido Pereira para aquele previsto no *caput* do art.129, § 1°, inciso III, do Código Penal.

Passo então à dosimetria da pena.

Observo, inicialmente, que o réu é portador de maus antecedentes, como acertadamente foi considerado na sentença, e tal fato autorizaria a fixação da pena acima do mínimo legal. Contudo, a Juíza *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal e o mesmo será feito nesta Instância recursal, para que não haja prejuízo ao réu, pois o recurso é unicamente da defesa.

Assim, adotando a valoração das circunstâncias judiciais consignadas pela Magistrada sentenciante, fixo a pena-base em 01 (um) ano de reclusão.

Na segunda fase, mesmo que a confissão tenha sido parcial, reconheço a atenuante da confissão espontânea; entretanto, deixo de reduzir a pena em virtude de já ter sido fixada no mínimo legal (Súmula 231, STJ). Ausentes agravantes, bem como causas de diminuição e aumento de penas, torno a reprimenda definitiva no mesmo patamar, qual seja 01 (um) ano de reclusão.

Ainda que a pena tenha sido fixada no mínimo, tenho que é o caso de se manter o regime inicialmente semiaberto para o cumprimento da pena fixada na sentença, pois os maus antecedentes do apelante recomendam a fixação de regime mais gravoso (art. 33, § 3°, CP).

Deixo de conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que o crime foi praticado mediante violência contra a pessoa.

O réu não faz jus ao benefício do *sursis*, em virtude dos seus maus antecedentes (art. 77, II, do Código Penal).

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso, para desclassificar a conduta do apelante para aquela prevista no art. 129, § 1°, inciso III, do Código Penal e reconhecer a atenuante da confissão espontânea, fixando-lhe a pena em 01 (um) ano de reclusão a ser cumprida em regime semiaberto.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA CELESTE PORTO e HÉLCIO VALENTIM.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Incêndio - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Dano qualificado - Possibilidade - *Emendatio libelli* - Segunda instância - Admissibilidade

Ementa: Apelação criminal. Crime de incêndio. Inexistência de perigo concreto. *Emendatio libelli*. Desclassificação para o crime de dano qualificado.

- Para a configuração do crime de incêndio, é condição essencial que haja perigo, qual seja que coloque em risco efetivo e concreto pessoas ou coisas. Inexistindo perigo em concreto para a vida das pessoas, para a incolumidade pública ou o patrimônio de outrem, devem os agentes ser condenados pelo delito de dano qualificado.

Provimento parcial ao recurso que se impõe.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.08.435541-2/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Wemerson Masimo dos Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à una-

nimidade de votos, EM PROVER O RECURSO PARCIALMENTE, COM ALVARÁ.

Belo Horizonte, 3 de fevereiro de 2009. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Na Comarca de Uberlândia, pela sentença de f. 85/92, Wemerson Masimo dos Santos foi condenado nas sanções do art. 250, § 1°, II, *a*, do Código Penal, às penas de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 20 (vinte) dias-multa, fixado o dia-multa em seu valor mínimo legal.

Inconformado, insurge-se o réu às f. 97/104, requerendo a sua absolvição, ao argumento de que não existem provas acerca da autoria, devendo ser aplicado o princípio *in dubio pro reo*.

Pugna, alternativamente pela diminuição das penas-base com a fixação do regime aberto para o seu cumprimento.

Pleiteia, também, os benefícios da justiça gratuita.

Consigna a denúncia que

> [...] o denunciado ateou fogo a fim de incendiar a residência onde com ele residem os 2 (dois) filhos menores e sua esposa, expondo a integridade física destes e destruindo a casa destinada a sua habitação.

A materialidade vem comprovada pelo laudo de f. 31/32.

Tocante à autoria, esta restou perfeitamente evidenciada pelas declarações da vítima, às f. 07 e 67, corroborada pela prova testemunhal de f. 06 e 69/70.

O apelante nega, de maneira lacônica e através de narrativas inconsistentes e contraditórias, a prática do delito, não passando de meras ilações (f. 08 e 51).

Contudo, pelo que se depreende das provas do processo, o delito é de dano qualificado, devendo operar-se a desclassificação do delito denunciado, através da *emendatio libelli*, admitida pelo art. 383 do Código de Processo Penal.

Compulsando os autos, verifica-se que, no momento do fato, somente o apelante se encontrava em casa.

É cediço que o ofendido se defende da narração dos fatos contidos na denúncia, e não da capitulação ali constante.

Eis a jurisprudência:

> É cabível a *emendatio libelli* quando os fatos que permitem a desclassificação do delito estão expressamente descritos na petição inicial, podendo operar-se a alteração em segunda instância (*RJTACRIM* 42/95).

Para a configuração do crime de incêndio, é condição essencial que haja perigo, qual seja que coloque em risco efetivo e concreto pessoas ou coisas.

O saudoso Heleno Fragoso, em *Lições de direito penal*, v. 3, p. 772, leciona que "é indispensável a efetiva situação de perigo para a vida, a incolumidade física ou patrimônio de outrem".

O Código Penal condicionou o crime de incêndio a perigo concreto ou efetivo para número indeterminado de pessoas ou bens (TJSP, *RTJSP* 69/376).

> Não ocorre perigo comum, no causado a uma, duas ou até três pessoas, ou a um número determinado e certo de indivíduos residentes no mesmo local (TJSP, *RTJSP* 161/283).

No caso, não se pode concluir pela existência do perigo concreto, pois o incêndio se deu em local desabitado.

Nesse diapasão, inexistindo o perigo comum, deve operar-se a desclassificação para o crime de dano, na forma qualificada, pois cometido por motivo egoístico e prejuízo considerável para a vítima (art. 163, parágrafo único, IV, do Código Penal), que perfaz quando o agente destrói, inutiliza ou deteriora coisa alheia.

Ressalte-se que, no depoimento de f. 07, assim declarou a vítima:

> [...] Que a depoente mora com a pessoa do conduzido [...] e comparece nesta Delegacia para representar contra o mesmo...

Tal declaração pode ser levada a efeito como representação por parte da vítima, nos termos do art. 39 do Código de Processo Penal, de modo suficiente e eficiente a possibilitar o oferecimento da denúncia.

Firma-se a jurisprudência no mesmo sentido:

> A representação pode ser feita por escrito ou oralmente, sem prescrição de forma especial, pois nada mais é do que a comunicação do fato à autoridade, com o intuito de proceder criminalmente contra o ofensor (*RT* 436/348).

Passa-se à dosimetria da pena:

Art. 163, parágrafo único, IV, do Código Penal.

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observa-se que a conduta do réu é própria do tipo penal; que ele possui bons antecedentes; que não se têm informações sobre sua conduta social e personalidade, pelo que é de se considerar boa; o motivo do crime foi a destruição de coisa alheia por maldade; que as circunstâncias são típicas do crime; as consequências são graves tendo em vista o prejuízo sofrido pela vítima; que não existe prova de que a vítima tenha contribuído para o crime; fixa-se-lhe a pena-base em 6 (seis) meses de detenção.

Não existem atenuantes, agravantes ou causa especial de aumento de pena a serem consideradas, pelo que se concretiza em 6 (seis) meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto.

Considerando que o apelante está preso desde o dia 1º de março de 2008, a pena já foi cumprida.

Expeça-se o alvará de soltura se por outro motivo não estiver preso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

Súmula - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE, COM ALVARÁ.

...

Violência doméstica e familiar contra a mulher - Lei Maria da Penha - Lei especial - Crime de ameaça - Ação penal pública condicionada à representação - Vítima - Retratação anterior ao recebimento da denúncia - Admissibilidade

Ementa: Recurso em sentido estrito. Lei Maria da Penha. Crime de ameaça. Ação penal pública condicionada à representação. Retratação da vítima. Possibilidade. Art. 16 da Lei nº 11.340/2006. Denúncia rejeitada. Decisão mantida. Recurso desprovido.

- Nos crimes decorrentes de violência doméstica, de ação penal pública condicionada, prevalecem as disposições contidas na Lei Maria da Penha, por se tratar esta de norma de caráter especial, o que torna legítima a designação da audiência prévia prevista no art. 16 da referida norma legal, para que, antes do recebimento da denúncia, a vítima tenha a oportunidade de renunciar à representação.

- O crime de ameaça, embora abrangido pelo conceito de violência doméstica, a teor do que dispõe o art. 5º da Lei Maria da Penha, se trata de crime de ação pública condicionada à representação, de forma que admite a aplicabilidade do art. 16 da Lei Maria da Penha, o mesmo não ocorrendo quando se tratar de lesões corporais leves e culposas qualificadas pela violência doméstica (§ 9º do art. 129 do Código Penal), crimes de ação penal pública incondicionada.

- A retratação da vítima, manifestando não ter mais interesse no prosseguimento da ação penal, obsta o recebimento da denúncia.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0024.08.975107-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Adolfo Paulo Bicalho de Lana - Relator: DES. DOORGAL BORGES DE ANDRADA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2009. - *Doorgal Borges de Andrada* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOORGAL BORGES DE ANDRADA - Conheço do recurso, presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da decisão de f. 111/112, que deixou de receber a denúncia por ele oferecida contra Adolfo Paulo Bicalho de Lana, por suposta prática do crime de ameaça, previsto no art. 147 do Código Penal.

A r. decisão combatida fundamentou-se na retratação manifestada pela vítima, bem como no fato de a ameaça se tratar de crime de ação penal pública condicionada à representação, caso em que a intervenção do Estado somente se justifica quando houver o interesse do ofendido.

Nas razões recursais (f. 116/129), o Ministério Público alega, em suma, que a decisão proferida negou vigência à Lei nº 11.340/06, bem como ao art. 43, III, do CPP; que a audiência para oitiva da vítima foi realizada depois do oferecimento da denúncia e quando já estava ultrapassado o prazo decadencial de seis meses do fato; que a audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/06 tem cabimento nos casos de ação penal pública condicionada à representação, com o intuito de proteger a vítima, obviamente antes de oferecida a denúncia; que não é sustentável que se faça uma audiência depois de oferecida a denúncia válida; que a audiência deveria ter sido feita antes da denúncia, pelo Juiz da Vara de Inquéritos.

Requer seja desconsiderada a audiência realizada; seja desconsiderada a manifestação da vítima em audiência, pela preclusão do prazo decadencial de seis meses; seja recebida a denúncia e dado prosseguimento ao feito com base na representação feita na fase inquisitiva; ou, alternativamente, que seja reformada a decisão que rejeitou a denúncia com base na fase inquisitiva, a fim de considerar válida a representação feita na fase inquisitiva.

Contrarrazões pelo réu, às f. 132/137, pugnando pelo desprovimento do recurso.

A decisão foi mantida em juízo de retratação (f. 139/140).

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às f.144/149, manifestando-se pelo improvimento do recurso.

Infere-se dos autos que o réu, após separar-se de Ana Maria Campos Bicalho, com quem estava casado há quatorze anos, enviou mensagem via celular para a ex-esposa, de conteúdo ofensivo e supostamente ameaçador, o que teria causado grande temor na vítima, a qual se manifestou no sentido de representar criminalmente contra o réu.

Oferecida a denúncia, os autos foram remetidos da Vara Criminal de Inquéritos para a 1ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte (f. 74), onde foi designada audiência para oitiva da vítima, nos termos do art. 16 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Presente na audiência, a vítima informou que não tem mais interesse no prosseguimento do feito, tendo-se retratado da representação. Com amparo nessa manifestação, a denúncia não foi recebida, contra o que se insurge o Ministério Público.

Não assiste razão ao recorrente, *data venia*, devendo prevalecer no caso em comento as disposições contidas na Lei Maria da Penha, por se tratar esta de norma de caráter especial, que tem como objetivo a proteção à integridade da mulher, permanecendo, pois, a possibilidade de realização da audiência prévia prevista no art. 16 da referida norma legal, para que, antes do recebimento da denúncia, a vítima tenha a oportunidade de renunciar à representação, desde que se trate de ação penal pública condicionada.

Com efeito, dispõe o art. 16 da Lei 11.340/06 que:

> Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Não há que se falar em nulidade do procedimento afeto à referida audiência, uma vez que a possibilidade de retratação da vítima, além de estar condicionada à formalidade prevista na lei, abrange apenas os crimes de ação penal pública condicionada à representação da ofendida, cujo julgamento está mesmo condicionado à iniciativa da vítima.

Mostra-se, pois, imprescindível a designação da audiência prévia prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha, para que a vítima tenha a oportunidade de se retratar da representação e, assim, limitar a interferência do Estado em sua vida privada, o que somente é possível nos casos em que o delito imputado ao ofensor for de ação penal pública condicionada.

No caso concreto, o réu foi denunciado pelo crime de ameaça, que, embora abrangido pelo conceito de violência doméstica, a teor do que dispõe o art. 5º da Lei Maria da Penha, se trata de crime de ação pública condicionada à representação, de forma que admite a aplicabilidade do art. 16 da Lei Maria da Penha, o mesmo não ocorrendo quando se tratar de lesões corporais leves e culposas qualificadas pela violência doméstica (§ 9º do art. 129 do Código Penal), crimes de ação penal pública incondicionada.

Realizada a audiência, a vítima manifestou não ter mais interesse no prosseguimento da ação penal contra o acusado, tornando desnecessária a movimentação da máquina processual para solucionar um conflito já superado.

Assim, tratando-se de crime de ação penal pública condicionada e tendo a vítima manifestado que não tem mais interesse no prosseguimento do feito, cabível a renúncia à representação, o que, no caso em comento, foi feito oportunamente, tendo em vista que a Lei nº 11. 340/06 faculta à vítima a renúncia à representação até o recebimento da denúncia.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Processual penal. Recurso especial. Violência doméstica. Lesão corporal simples ou culposa praticada contra mulher no âmbito doméstico. Proteção da família. Proibição de aplicação da Lei 9.099/1995. Ação penal pública incondicionada. Recurso provido para cassar o acórdão e restabelecer a sentença.
> 1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Inteligência do art. 226 da Constituição da República).
> 2. As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato.
> 3. Somente o procedimento da Lei 9.099/1995 exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve e culposa para a propositura da ação penal.
> 4. Não se aplica aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, a Lei 9.099/1995 (art. 41 da Lei 11.340/2006).
> 5. A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do art. 129, § 9º, do Código Penal e se disciplina segundo as diretrizes desse Estatuto Legal, sendo a ação penal pública incondicionada.
> 6. A nova redação do parágrafo 9º do art. 129 do Código Penal, feita pelo art. 44 da Lei 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos a lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando por mais um motivo, a exigência de representação da vítima.
> 7. Recurso provido para cassar o acórdão e restabelecer a decisão que recebeu a denúncia (STJ, REsp 1000222 / DF, Relatora Ministra Jane Silva, j. em 23.09.08, p. no *DJe* de 24.11.08).

Por fim, registre-se que o prazo decadencial de seis meses diz respeito ao prazo de que dispõe a vítima para exercer o direito de queixa ou representação, conforme

se verifica do art. 38 do Código de Processo Penal, e não ao prazo para retratação, não se verificando, pois, a alegada decadência.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELI LUCAS DE MENDONÇA e EDIWAL JOSÉ DE MORAIS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Penal - Processual penal - Recurso especial - Ausência de violação do art. 619 do CPP - Crime de atentado violento ao pudor - Continuidade delitiva - Não-configuração - Dispensável a prova pericial - Vítima menor de 14 anos - Caráter absoluto da presunção de violência - Art. 226, III, do CP - Causa de majoração da pena - Revogação pela Lei 11.106/05 - Aplicação retroativa da lei mais benéfica - Recurso conhecido e parcialmente provido

- Estando o acórdão recorrido fundamentado de forma clara e suficiente sobre as questões postas nos autos, não há falar em violação do art. 619 do CPP, uma vez que os embargos de declaração não têm como objetivo responder um a um os argumentos da parte.

- *In casu*, não há configuração de continuidade delitiva entre o primeiro delito apurado em processo autônomo e o presente feito pela ausência de registro do primeiro processo já julgado. Eventual continuidade delitiva, se demonstrada, poderá ser considerada, em momento oportuno, a fim de unificar as penas, conforme dispõe o art. 82, *in fine,* do Código de Processo Penal.

- O laudo pericial não é fundamental para comprovação do delito de atentado violento ao pudor uma vez que, em regra, não costuma deixar vestígios, podendo ser verificado mediante outros elementos probatórios, especialmente o depoimento da vítima.

- A jurisprudência pacificada da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a presunção de violência prevista no art. 224, "a", do Código Penal possui natureza absoluta, entendendo-se, por conseguinte, que o consentimento da vítima é irrelevante para a caracterização do delito, tendo em conta a incapacidade volitiva da pessoa menor de catorze anos de consentir na prática do ato sexual.

- Tendo sido a majorante prevista no art. 226, III, do CP revogada com o advento da Lei 11.106/05, pelo princípio da retroatividade da lei mais benéfica, o Superior Tribunal de Justiça entende pela sua aplicação retroativa.

- Recurso especial conhecido e parcialmente provido para afastar a majoração da pena quanto ao disposto no art. 226, III, do Código Penal.

RECURSO ESPECIAL Nº 906.466-MG - Relator: MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA

Recorrente: Tarcízio de Araújo Ferreira. Advogados: Floriano Bernardino da Costa Júnior e outro. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Félix Fischer.

Brasília, 19 de março de 2009 (data do julgamento). - *Ministro Arnaldo Esteves Lima* - Relator.

Relatório

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA - Trata-se de recurso especial interposto por Tarcízio de Araújo Ferreira, com fundamento no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu parcial provimento à apelação criminal, nos termos da seguinte ementa (fl. 265):

> Apelação - Atentado violento ao pudor - Recurso que pretende absolvição com base na ausência de provas - Palavras da vítima - Relevância. - Os depoimentos da vítima e das testemunhas, uníssonos no sentido de que o réu cometeu o crime e atentado violento ao pudor bastam pra alicerçar o decreto condenatório - Em infrações de natureza sexual, rotineiramente praticadas às escondidas, a palavra da vítima, ainda que menor de idade, se coerente e em harmonia com as demais declarações constantes dos autos, é de fundamental importância na elucidação da autoria, bastando, por si só, para alicerçar o decreto condenatório.

Alega o recorrente violação dos arts. 1º da Lei 8.625/93 e 619 do Código de Processo Penal, ao argumento de que, em virtude dos efeitos infringentes dos embargos declaratórios, deveria ter o Tribunal *a quo* determinado a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça para parecer ministerial.

Aponta violação dos arts. 59, 71 e 76 do CP, aduzindo existir conexão desses autos com outra ação penal contra ele instaurada, na qual foi reconhecida a continuidade delitiva.

Sustenta que a ausência de exame pericial na vítima acarretou ofensa ao art. 158 do CPP e que não

restou configurada a presunção de violência prevista na alínea a do art. 224 do CP.

Por fim, argumenta a inconstitucionalidade do art. 226, III, do CP, motivo pelo qual sua pena não pode ser aumentada em virtude da majorante prevista neste dispositivo legal.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 335/337.

O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do recurso especial (fl. 367/370).

É o relatório.

Voto

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator) - O presente feito refere-se ao crime de atentado violento ao pudor praticado em continuidade delitiva, pelo recorrente contra Munique, menor de quatorze anos de idade.

Nas razões de apelação, alegou o réu a existência de outro processo contra ele, pela prática do mesmo crime contra outras duas vítimas, Milena e Josiane, no mesmo local e circunstâncias de tempo e modo de execução, em que lhe foi aplicada a pena de 10 anos e 8 meses de reclusão (Proc. n. 1.0582.03.900058-0). Requereu fosse o presente processamento absorvido pelo primeiro em decorrência da continuidade delitiva.

O Tribunal *a quo* deixou de apreciar a questão relativa ao outro processo pela ausência de documentação nos autos.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados.

De início, não se verifica a violação dos arts. 1º da Lei 8.625/93 e 619 do CPP. Os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida, o que não ocorre na presente hipótese, uma vez que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e precisa sobre as questões postas nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Nesse sentido: REsp 737.997/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, *DJ* 26/9/05.

Também não há falar em continuidade delitiva entre o presente feito e outro já transitado em julgado. O instituto da continuidade delitiva configura um benefício em favor do réu, que, diante de vários crimes praticados nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, considera os subsequentes como continuação do primeiro, aplicando a pena aumentada de 1/6 a 2/3.

No caso dos autos, não há registro do primeiro feito a que se reporta o recorrente para embasar a tese da continuidade delitiva. Ademais, em consulta à secretaria criminal de onde se originaram os feitos, foi informado o trânsito em julgado daquele primeiro.

Pretende, agora, o Ministério Público a apuração de novo fato praticado e independente dos anteriores, por entender que a aplicação do comando do art. 71 do CP, para este caso, resultaria na impunidade do réu.

Em momento oportuno, a eventual continuidade delitiva, se demonstrada, poderá ser considerada, a fim de unificar as penas, conforme dispõe o art. 82, *in fine*, do Código de Processo Penal. Precedente: *HC* 43.189/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 1º/8/05.

No tocante à alegada violação do art. 158 do CPP, a comprovação do crime de atentado violento ao pudor dispensa a realização de exame pericial, podendo ser verificado mediante outros elementos probatórios, especialmente o depoimento da vítima. É que o laudo pericial não é fundamental na comprovação do delito em espécie uma vez que, em regra, não costuma deixar vestígios.

Ademais, o acórdão recorrido fundamentou as razões de seu convencimento na oitiva de testemunhas e no depoimento da própria vítima.

Nesse sentido, confiram-se:

> Penal e processual penal. *Habeas corpus* . Art. 213 e 214, c/c art. 226, I, do CP. Negativa de autoria. Análise profunda do conjunto probatório. Impropriedade da via eleita. Atentado violento ao pudor e estupro. Versão da vítima. Crime equiparado a hediondo. Progressão de regime. Possibilidade. Inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 declarada pelo STF.
> I - Resta devidamente fundamentada a r. decisão que baseou a condenação no laudo técnico, na oitiva de testemunha, bem como nas firmes declarações da vítima. Ao revés, para que se verifique a tese de negativa de autoria, far-se-ia necessário o cotejo minucioso de matéria fático-probatória, procedimento vedado em sede de *habeas corpus*. (Precedentes).
> II - A palavra da vítima, em sede de crime de estupro, ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não tem testemunhas, ou deixam vestígios (Precedente).
> III - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do *HC* 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.
> IV - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos. Ordem denegada.
> Ordem concedida de ofício para afastar o óbice previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (*HC* 58.349/PE, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, *DJ* de 11/12/06.)

> Criminal. *HC*. Atentado violento ao pudor. Trancamento da ação penal. Ilegitimidade do Ministério Público. Ausência de atestado de pobreza e representação da vítima. Inocorrência. Colidência de interesses. Curador especial. Nomeação a destempo. Irregularidade. Ausência de nulidade. Exame de corpo de delito. Ausência. Prescindibilidade em delitos contra os costumes. Atipicidade da conduta. Impropriedade do *writ*. Ordem denegada.
> I. Não há forma rígida para a representação, bastando a manifestação inequívoca do ofendido ou de seu representante legal, no sentido de que sejam tomadas providências visando à apuração da suposta prática delituosa.
> II. A aferição do estado de pobreza pode ser feita através de simples análise das condições de vida da vítima e representantes, não sendo indispensável um atestado.

III. Existência de confronto de interesses entre a segunda vítima e sua genitora, ocasionando a nomeação de curador especial ocorrida posteriormente ao recebimento da denúncia.
IV. Se a representação foi oferecida pela curadora especial, tem-se como suprida a exigência legal, 'permitindo o prosseguimento da *persecutio criminis in juditio*'.
V. A ausência de laudo pericial não tem o condão de afastar os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos quais a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios.
VI. O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório, tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária.
VII. Maiores considerações sobre a atipicidade da conduta que refogem à via eleita.
VIII. Ordem denegada. (*HC* 47.212/MT, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, *DJ* 13/3/06.)

Atentado violento ao pudor. Violência presumida. *Habeas corpus*. Impossibilidade de revolvimento do conjunto probatório para apuração da aparência da idade da vítima e de eventual erro de tipo. Manifestada a carência de recursos e o interesse em representar. Legitimidade do Ministério Público. Regime integralmente fechado. Progressão. Inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Ordem parcialmente concedida.
1. O *habeas corpus* não permite o revolvimento do acervo probatório, o que seria necessário para apurar a aparência da vítima quando da ocorrência do crime e para verificar a ocorrência de erro de tipo. Precedentes.
2. Manifestados pela genitora da vítima o interesse em representar contra o acusado e a carência de recursos para arcar com custas judiciais e honorários advocatícios, legitima-se o Ministério Público para propor ação penal. Precedentes.
3. A comprovação do crime de atentado violento ao pudor prescinde da realização de exame pericial, podendo ser verificado mediante outros elementos probatórios, especialmente o depoimento da vítima. Precedentes.
4. Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90 declarada pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se afastar o óbice à progressão de regime prisional do paciente, cabendo ao Juízo competente a verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a sua efetivação.
5. Ordem parcialmente concedida. (*HC* 53.861/BA, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, *DJ* 26/3/08.)

Quanto à presunção de violência prevista no art. 224, "a", do Código Penal, o entendimento é no sentido da sua natureza absoluta, sendo, por conseguinte, irrelevante o consentimento da vítima para a caracterização do delito, tendo em conta a incapacidade volitiva da pessoa menor de catorze anos de consentir na prática do ato sexual. Precedentes: *HC* 770.018/SC, deste Relator, Quinta Turma, *DJ* 16/6/08, EREsp 688.211/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 17/11/08.

Por fim, merece provimento o recurso quanto à causa de aumento do art. 226, III, do CP, uma vez que com o advento da Lei 11.106/05 a majorante prevista neste dispositivo legal foi revogada.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, sendo cabível a retroatividade da norma que beneficia o recorrente:

Penal. *Habeas corpus*. Atentado violento ao pudor com violência presumida. Crime hediondo. Causa de aumento de pena prevista no art. 226, inciso III, do CP. Dispositivo revogado. Não aplicação. Regime inicial semi-aberto. Possibilidade. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 declarada pelo STF.
I - A Lei nº 11.106/05 revogou o inciso III do art. 226 do CP, pelo que resta prejudicado o pedido de aplicação da referida causa de aumento de pena.
II - Constitui-se o crime de atentado violento ao pudor, ainda que perpetrado em sua forma simples ou com violência presumida, crime hediondo, submetendo-se o condenado por tais delitos ao disposto na Lei nº 8.072/90 (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).
III - O c. Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do *HC* 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.
IV - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, praticado antes da entrada em vigor da Lei 11.464/07, pode obter o direito à progressão de regime prisional ou, ainda, iniciar o cumprimento da pena em regime diverso do fechado, desde que preenchidos os demais requisitos legais.
Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido. (REsp 1.033.826/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, *DJ* 3/11/08.)

Habeas corpus. Direito processual penal. Atentado violento ao pudor. Absolvição. Falta de prova. Inocorrência. Agente casado. Causa de aumento. Revogação pela Lei nº 11.106/2005. Afastamento do óbice à progressão e estabelecimento do regime prisional semi-aberto. Cabimento.
1. Inviável, na angusta via do remédio heróico, o puro e simples reexame do conjunto da prova, mormente em se tratando de condenação fundamentada não só nas declarações da vítima.
2. A Lei nº 11.106/2005 revogou a causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 226 do Código Penal, sendo a retroatividade da *lex mitior* imperativo constitucional (artigo 5º, inciso XL).
3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.
4. Tal questão perdeu atualidade, pois que a Lei nº 11.464/2007, que alterou a Lei nº 8.072/90, afastou a impossibilidade de progressão de regime, fazendo do regime fechado apenas o inicial obrigatório.
5. Na compreensão que se firmou na 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, ressalvando o entendimento contrário desta Relatoria, se a consideração das circunstâncias judiciais funda a fixação da pena-base no mínimo legal, é de rigor a imposição do regime prisional menos grave, pena de se ensejar a afirmação da existência de contradição no julgado.

6. Ordem denegada. *Habeas corpus* de ofício. (*HC* 51.832/SP; Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, *DJ* 22/4/08.)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento apenas para afastar a majoração da pena quanto ao disposto no art. 226, III, do Código Penal.

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 Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 19 de março de 2009. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 13.04.2009.)

...

Recurso especial - Ação declaratória de nulidade de alteração de contrato social e condenatória a obrigação de não fazer - Homologação de acordo firmado entre o autor e um dos réus - Partes representadas concomitantemente pelos mesmos advogados - Ofensa ao § 6º do artigo 15 da Lei nº 8.906/94 - Nulidade - Violação do artigo 513 do CPC - Descabida a propositura de ação anulatória autônoma

- Há manifesta nulidade processual na homologação, pelo Juízo de 1º grau, de acordo firmado entre autor e réu, quando as partes estão representadas por patrono comum, por violação ao disposto no § 6º do artigo 15 da Lei 8.906/94. Na hipótese, a nulidade não decorre de vício de vontade das partes, mas, sim, de falta de pressuposto processual subjetivo, já que o patrocínio comum de interesses opostos inviabiliza o contraditório e a ampla defesa.

- O ato jurisdicional que pôs fim ao processo, mediante renúncia ao direito em que se fundou a ação, nos termos do artigo 269, V, do Código de Processo Civil, possui evidente qualidade de sentença, o que possibilita a interposição de Apelação, devendo, por isso, ser afastado o fundamento de que necessária a propositura de nova demanda a fim de anular a sentença homologatória.

Recurso especial provido, anulando-se o processo a partir da sentença, inclusive.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.046.068-MG - Relator: MIN. SIDNEI BENETI

Recorrente: Jayme Tannús Júnior. Advogados: Guilherme Carvalho Monteiro de Andrade e outro. Recorridos: Glória Agel Tannús e outros. Advogado: Marcos Gonçalves Silva de Uru.

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, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJBA), Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de março de 2009 (data do julgamento). - *Ministro Sidnei Beneti* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator) - 1 - Jayme Tannús Júnior, casado, representado pelos Advogados Guilherme Carvalho Monteiro de Andrade e Daniel Carvalho Monteiro de Andrade (fls. 35), moveu ação ordinária contra 1) Prolat - Produtos Lácteos Ltda.; 2) Glória Agel Tannús, Viúva; 3) Sérgio Agel Tannús, separado judicialmente; e 4) Ricardo Agel Tannús, separado judicialmente, pedindo a procedência para: 1º) "decretar a nulidade da 17ª alteração do contrato social da Prolat, arquivada na JCEMG no dia 13.7.2005"; 2º) "sejam os réus Sérgio e Ricardo Agel Tannús condenados à obrigação de não fazer, consubstanciada na abstenção de participar de qualquer deliberação social da sociedade Prolat (...), sob pena de multa diária, incidente enquanto perdurar a deliberação social da qual estes porventura tomarem parte, de R$ 5.000,00 (...) para cada réu" (fls. 34).

Reconheceu a procedência dos pedidos Prolat - Produtos Lácteos Ltda., representada pelos Advogados Caio Soares Junqueira e Eduardo Augusto Franklin Rocha (fls. 312), requerendo a extinção do processo com julgamento do mérito, com fundamento no art. 269, II, do Cód. de Proc. Civil (fls. 311).

Contestaram Glória Agel Tannús (contestação a fls. 348/352), representada pela Advogada Daniela de Barros Dornelles (fls. 353), Ricardo Agel Tannús e Sérgio Agel Tannús (fls. 354/375), representados pelo Advogado Bruno Leonardo Verona (fls. 376 e 377), que,

posteriormente, renunciou ao mandato (fls. 655), substituído pelos Advogados Leonardo Pereira Rocha Moreira e Roberto Rocha Moreira (procuração de 26.6.2006, fls. 656/657).

2 - O autor, Jayme Tannús Jr. e o acionado Sérgio Angel Tannús, representados pelos Advogados Roberto Rocha Moreira e Leonardo Pereira Rocha Moreira, no dia 29.8.2006, informando que "ambos os requerentes firmaram instrumento particular de contrato de renegociação e parcelamento de dívida; ré-ratificação de termos de contrato, quitação parcial de débito, acordo e outras avenças", vieram informar "a renúncia do direito em que se funda a ação e requerer a extinção do feito, na forma do art. 269, inciso V, do Código de Processo Civil" (fls. 682).

O Juízo homologou a "renúncia ao direito em que se funda a ação, formulada pelo requerente na petição de fls. 682" e julgou extinto o processo, condenando o autor ao pagamento de honorários, fixados em 10% do valor da causa e custas processuais finais (sentença de fls. 690).

Apelou Jayme Tannús Jr. (fls. 692/709), apontando vício no instrumento de transação.

Acórdão da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais rejeitou preliminar sustentada pelo Relator relativamente à nulidade de patrocínio dos transatores por Advogados integrantes do mesmo Escritório de Advocacia e, no mérito, negou provimento à apelação, por imprópria a apelação como via processual para a nulificação da homologação do acordo (fls. 746/758).

3 - O Recurso Especial foi interposto por Jayme Tannús Júnior, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, sustentando: a) ofensa, na transação, ao art. 15, § 6º, da Lei 8.906/94, porque celebrado o acordo por litigantes representados pelos mesmos Advogados - Roberto Rocha Moreira e Leonardo Pereira Rocha Moreira -, sendo inadmissível o patrocínio (cf. REsp 88865/DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 28.4.1997); b) cabimento da Apelação, de maneira que inválida a remessa à ação anulatória, donde equivocada aplicação do art. 486 do Cód. de Proc. Civil e negativa de vigência do art. 513 do Cód. de Proc. Civil, por prever, este, a apelação para o caso; c) divergência com o julgamento do Recurso Especial 182763/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 18.9.2000, p. 126, e *RSTJ* 139286.

Sérgio Agel Tannús respondeu ao Recurso Especial (fls. 812/834), sustentando, preliminarmente: a) inexistência de prequestionamento (Súmulas 211, 282 e 356 STJ) e ausência de preliminar de violação do art. 535 do Cód. de Proc. Civil; b) ausência de demonstração de violação da lei federal invocada; c) ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial por falta de análise. No mérito, após anotar a não interposição de Recurso Extraordinário, alegou inexistência de violação do art. 15, § 6º, da Lei 8.906/94, impossibilidade de discussão do vício no acordo.

4 - O Recurso Especial foi admitido, relativamente à negativa de vigência dos arts. 15 da Lei 8.906/94 e 513 do Cód. de Proc. Civil (fls. 836/837) e foram rejeitados Embargos de Declaração interpostos por Sérgio Agel Tannús a esse despacho (fls. 840/852 e 854).

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator) - 5 - As preliminares de não conhecimento do Recurso Especial, alegadas nas contra-razões de Sérgio Agel Tannús (fls. 812/834) não devem ser acolhidas:

a) A matéria atinente à validade ou invalidade da transação, celebrada sob o patrocínio de ambos os transatores por Advogados integrantes do mesmo Escritório está bem prequestionada, porque foi discutida e julgada, expressamente, pelo Acórdão recorrido, tendo sido, mesmo, objeto de preliminar levantada pelo Relator, que, quanto a ela, restou vencido. Não havia necessidade de sustentar nulidade, com fundamento no art. 535, quando o requisito do prequestionamento já antes se satisfazia pelos termos do próprio Acórdão da Apelação.

b) Está bem sustentada no Recurso Especial a alegação de violação de ambos os dispositivos da lei federal (arts. 15 da Lei 8.906/94 e 513 do Cód. de Proc. Civil), ambos expressamente destacados, aliás, na admissibilidade pelo Tribunal de origem.

c) A alegação fundada no dissídio jurisprudencial (Constituição Federal, art. 105, III, "c"), conquanto bem sustentada, com satisfatório cotejo analítico, não foi admitida pelo Tribunal de origem, de maneira que dela não se pode conhecer, limitando-se o julgamento pela alegação de negativa de vigência dos dois dispositivos destacados da Lei Federal.

Rejeitam-se, pois, as preliminares de não conhecimento, limitando-se, contudo, esse conhecimento, aos termos do art. 105, III, "a", da Constituição Federal.

6 - Em que pese ao esforço do V. Acórdão recorrido em preservar o processo, evitando-lhe a anulação, forçoso concluir que violados ambos os dispositivos de lei federal pelos seus fundamentos, vale dizer, por impossibilidade de patrocínio de ambas as partes transatoras por Advogados integrantes do mesmo Escritório de Advocacia e por cabimento de apelação para proclamação da nulidade daí decorrente.

7 - Quanto ao cabimento da apelação, é irrecusável a qualidade de sentença no ato jurisdicional de por fim à relação jurídica processual mediante "renúncia ao direito em que se funda a ação" e conseqüente extinção do processo sob o fundamento do art. 269, V, do Cód. de Proc. Civil - dispositivo constante da

petição (fls. 682), a que a homologação, sem o reescrever, remete (fls. 690).

Sentença, é bom que se relembre, "é o ato do juiz que implica alguma das situações prevista nos arts. 267 e 269 desta Lei". No caso, ocorreu a situação desse artigo 269, item V.

Não fosse se caracterizasse como sentença, o que seria tal ato jurisdicional? Pretendeu-se com ele por fim ao processo com julgamento de mérito, mediante a renúncia do direito pelo autor, tanto que a este se imputou sucumbência, o que não haveria se se tratasse de mero ato homologatório de transação para por fim ao processo por vontade concorde das partes - que disporiam inclusive a respeito da sucumbência, se se tratasse de homologação de transação.

Sendo sentença, conseqüentemente ato jurisdicional apelável, nos termos do art. 513 do Cód. de Proc. Civil, de maneira que não era o caso de remeter as partes à propositura de novo processo, ou de ação anulatória (CPC, art. 486), para a qual expressamente remetidas as partes pelo Acórdão ora recorrido (fls. 757).

Recorde-se que, no caso, não se tinha alegação de vício de vontade da parte pretensamente renunciante, para que fosse ela remetida à ação anulatória fundada em vício de vontade. Tinha-se, como se verá na parte seguinte deste julgado (n. 8, 2º parágrafo e seguintes, abaixo), outra coisa, ou seja, falta de pressuposto processual subjetivo, consistente na presença de Advogado dotado de *jus postulandi* válido para o caso (CPC, art. 36), ou seja, não vedado pelo fato do patrocínio juntamente com outro sócio de Escritório de Advocacia - o que é diferente de vício de vontade da parte, por ser vício na intervenção do profissional Advogado.

8 - O provimento do Recurso Especial não deve estancar na anulação do V. Acórdão para a prolação de outro julgamento, mas, sim, deve ultrapassar essa etapa de julgamento (Acórdão) e ir mais ao fundo das questões trazidas pelas partes - em contraditório válido, lembre-se, de maneira que não haja ofensa ao direito de sustentar seus argumentos bilateralmente para ingressar também no julgamento da sentença e, nessa etapa, anulá-la para que outro encaminhamento seja dado ao processo.

Patente a nulidade da manifestação do autor, ora Recorrente, materializada na petição em que renunciou ao direito sobre que se funda a ação.

É expresso o art. 15, § 6º, da Lei 8906/94 (Estatuto da Advocacia), que, ao regrar a sociedade de Advocacia, dispõe: "§ 6º - Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos".

Não há dúvida de que ambos os Advogados que subscreveram a petição, inclusive representando o autor, ora Recorrente, em lugar dos primitivos Advogados que ajuizaram a petição inicial em seu favor e que eram novos Advogados do acionado Sérgio Agel Tannús (renúncia do anterior Advogado, fls. 655, e nova procuração aos Advogados Leonardo Pereira Rocha Moreira e Roberto Rocha Moreira. fls. 656/657), acabaram, sócios em sociedade de Advogados, representando ambas as partes, lembrando-se que o fato de integrarem o mesmo Escritório nem mesmo foi jamais por eles negado.

E sem dúvida os interesses das partes eram opostos, tanto que se digladiavam em pólos opostos na relação jurídica processual, como autor e réu, não importando tivessem eventualmente aparentado confluência de interesses para um ponto comum, isto é, o alegado acordo - aparência que não correspondia à realidade, tanto que em seguida, retomado o patrocínio pelo Advogado originário de uma das partes, veio a ser *incontinenti* alegada nulidade do acordo e interposta apelação.

A negativa de validade de acordo e interposição de apelação, aliás, por Advogado diverso do que assessorara a parte no acordo, bem demonstra a sabedoria subjacente à norma em causa (§ 6º do art. 15 da Lei 8906/94), patenteando que, se a parte estivesse perfeitamente esclarecida, por Advogado que salientasse o interesse oposto, tal acordo não teria sido celebrado.

Houve nulidade processual, consistente em inobservância de requisito essencial ao *ius postulandi*, relativamente à presença Advocatícia válida em prol da parte, o que viciava irremediavelmente a higidez da relação jurídica processual no momento da celebração do acordo e, conseqüentemente, da homologação por sentença.

9 - Pelo exposto, conhece-se do Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, e dá-se provimento a ele, anulando-se o processo a partir da sentença, inclusive (fls. 690).

Certidão

Certifico que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de março de 2009 - *Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 30.03.2009.)

...

Direito civil - Responsabilidade civil - Erro médico - Princípio do livre convencimento motivado - Artigo 131 do Código Civil

- O sistema processual civil abraça o princípio do livre convencimento motivado, que, inclusive está positivado no artigo 131 do Código de Processo Civil, impondo ao julgador a indicação dos motivos de suas conclusões.

- Na hipótese em que a ação proposta tem sustentação na existência de erro médico, uma vez que realizada perícia, deve o julgador indicar os motivos pelos quais resolve concluir pela obrigação de indenizar, tomando posição oposta às conclusões do perito, mormente quando outras provas não existem nos autos.

- A responsabilidade do médico pressupõe o estabelecimento do nexo causal entre causa e efeito da alegada falta médica, tendo em vista que, embora se trate de responsabilidade contratual - cuja obrigação gerada é de meio -, é subjetiva, devendo ser comprovada ainda a culpa do profissional.

- Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.078.057-MG - Relator: MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Recorrente: Carlos Alberto de Sousa Costa. Advogados: Cimon Hendrigo Burmann de Souza e outro. Recorridos: Adriana Martins Pinheiro e outro. Advogados: Alípio Fonseca e outro. Interessado: Hospital São Bento. Advogados: Francisco Gaudereto e outro.

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, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009 (data de julgamento) - *Ministro João Otávio de Noronha* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - Tratam os autos de ação indenizatória proposta por Adriana Martins Pinheiro em desfavor de Carlos Alberto de Souza Costa e Hospital São Bento.

Pediu a autora indenização a título de danos morais e materiais, afirmando o seguinte: estava no final de gravidez quando começou a sentir dores. Foi, então, em busca de auxílio no Hospital São Bento (2ª requerido). Lá chegando, foi atendida pelo 1º requerido, médico que prestava atendimento naquele momento e que também era seu obstetra. Ele examinou a autora e concluiu que o trabalho de parto ainda não havia iniciado. Todavia, à noite, como as dores não passavam, a autora retornou ao hospital e foi internada. Por volta das 00:15 do dia seguinte, deu à luz um menino e, no parto, foi assistida apenas por uma enfermeira. Sustenta que, por traumatismos ocorridos no parto, a criança ficou com paralisia cerebral, levando vida vegetativa.

Feita perícia, o médico perito não pôde atestar que a patologia apresentada pelo filho da autora era conseqüência da negligência do médico requerido. Aliás, a perícia foi clara quanto à ausência de negligência. Nada obstante, o MM. Juiz julgou a ação procedente, condenando os requeridos ao pagamento das indenizações pleiteadas.

Os réus apelaram, e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manteve a decisão em acórdão assim ementado:

> Ementa: Indenização - Dano moral - Hospital - Atendimento inadequado - Período provável do parto - Gravidez normal parte sem a supervisão do médico - Recém nascido - Seqüelas cerebrais - imposição do dever indenizatório - *Quantum* indenizatório - Critérios de fixação.
> O hospital em que ocorreu o fato é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de indenização pelos danos causados ao recém nascido.
> O médico que não acompanha toda a evolução do trabalho de parto, sendo o mesmo executado somente como auxílio de uma enfermeira, sem sua supervisão, sob o argumento de carência de recursos humanos, responde pelos fatos em face da culpa presumida.
> O *quantum* indenizatório revela-se condizente com as circunstâncias fático-jurídicas, com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com a teoria do desestímulo.
> Preliminar rejeitada e apelação não provida.

Então, os dois réus, que, até então eram patrocinados pelo mesmo advogado, fazendo uso de peças processuais comuns, aviaram recursos especiais distintos, sendo que Carlos Alberto de Sousa Costa nomeou outro procurador.

Os recursos foram inadmitidos por decisão de fls. 427/429.

Ante o provimento do Agravo de Instrumento de n. 963.333-MG, interposto por Carlos Alberto de Sousa Costa, o autos vieram a esta Corte.

Quanto ao recurso especial aviado pelo Hospital São Bento, nada há nos autos que indique eventual interposição de agravo. A única certidão, que se encontra à fl. 453, afirma que foi interposto agravo de instrumento no STJ, mas não especifica de qual das partes.

Tampouco há informações acerca de eventual trânsito em julgado do acórdão em relação ao hospital.

O recurso especial de Carlos Alberto está embasado na vulneração das disposições dos artigos 331, I e II, c/c o art. 131, ambos do Código de Processo Civil; dos artigos 186 e 951 do Código Civil, além das disposições do artigo 14, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Afirma o recorrente que houve contrariedade a uma norma de natureza processual referente ao ônus probatório. Sustenta ainda a inexistência de obrigação de reparar eventual dano em razão de que o ato praticado não estava revestido de ilicitude, bem como que inexiste nexo de causalidade entre a conduta afirmada e o dano que a autora afirma ter sofrido. Por fim, indica divergência de entendimento jurisprudencial entre o acórdão recorrido e julgados de outros Tribunais de Justiça.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator) - Os autos encerram mais um caso de reparação civil por erro médico, assunto que tem sido palpitante nos Tribunais pátrios.

A recorrida, à época dos fatos, morava em Novo Cruzeiro - MG, cidade pequena do interior de Minas Gerais, que tinha apenas um hospital e que, no dia em que os fatos se sucederam, contava apenas com um médico de plantão, o recorrente. Narra que estava grávida, já com nove meses, e que começou a sentir dores no abdômen, razão pela qual procurou o recorrente no referido hospital (que também é parte requerida no presente feito).

Então, ele a examinou e, afirmando que ela ainda não estava em trabalho de parto, encaminhou-a de volta à sua casa para que lá aguardasse a evolução do seu quadro. Todavia, informa a recorrida, as dores não cessaram, pelo que retornou ao hospital, tendo sido internada por volta das 20:40 horas em virtude de apresentar dilatação do colo uterino.

Por volta das 00:15 do dia seguinte, deu à luz um menino, ocasião em que foi assistida apenas por uma enfermeira porque, nesse exato momento, o médico - ora recorrente - estava terminando uma cesariana - fato este incontroverso. A criança nasceu cianótica (coloração azul violácea da pele e das mucosas devida à oxigenação insuficiente do sangue e ligada a várias causas (distúrbio de hematose, insuficiência cardíaca etc. in Dicionário Eletrônico Houaiss) e sem reflexos.

Com base nisso, a presente ação teve como causa de pedir dois fundamentos: primeiro, o de que o recorrente não teria prestado a devida assistência à parturiente; e o segundo, de que ele agira com imperícia ao deixar de fazer o parto no momento oportuno, fato que ocasionou o envelhecimento da criança no útero materno, retardo esse que seria a causa da lesão cerebral por ele sofrida.

Nada obstante a realização de perícia, o Tribunal a quo, para o efeito de manter a sentença condenatória, não levou em conta a efetiva causa da lesão cerebral, nem sequer fez quaisquer abordagens sobre o assunto, de forma que a alegação de imperícia não foi considerada como fundamento da decisão.

Observo que o fundamento adotado no acórdão recorrido para imposição do dever de indenizar foi o de que a autora não foi assistida por profissional na hora do parto. Observe-se:

> Sabe-se que o monitoramento de todo o período de trabalho de parto é extremamente importante para a saúde do feto e da parturiente, como bem apontado pelo douto Perito Oficial às fls. 226, o que, entretanto, foi negligenciado no caso da autora, vez que ficou sem acompanhamento médico nos momentos cruciais do trabalho de parto, ou seja, entre as 22:00 e a hora do nascimento do autor, 0:15 do dia seguinte (fls. 230).
> Desse modo, só a circunstância acima demonstrada já enseja a indenização, pela negligência do Hospital e do médico que não prestaram a devida assistência à parturiente como se espera de um profissional e de uma Instituição Hospitalar, pois reitera-se, a autora, na hora do parto, não foi assistida por profissional competente, no caso o seu obstetra/réu, e no mesmo diapasão, o recém nascido não teve também, o adequado atendimento de um pediatra que poderia ter tomado de pronto as providências necessárias (fl. 334).

Abstraindo-se da citação acima a parte que toca à negligência do hospital, cujo recurso não é objeto de análise, com relação ao médico, data máxima vênia, o fundamento adotado a fim de responsabilizá-lo é insuficiente pelos seguintes motivos:

a) foi alegado motivo de força maior para a ausência do médico, fatos esses que o Tribunal *a quo* deveria ter analisado; e

b) o Tribunal considerou a ausência em si suficiente a perpetrar a obrigação de indenizar, não fazendo referência acerca do nexo de causalidade entre a negligência do médico e o eventual dano ocorrido com o nascido.

Entendo, portanto, que houve ofensa aos dispositivos apontados pelo recorrente, mormente aos artigos 331, I e II, c/c o art. 131, ambos do Código de Processo Civil, e aos artigos 186 e 951 do Código Civil.

Melhor elucido:

O Tribunal entendeu que o médico não prestou a devida assistência à parturiente, pois esteve ausente nos momentos cruciais.

Todavia, é incontroverso nos autos (e recorrida nem sequer impugnou tal fato) que, na cidade de Bento Gonçalves, havia apenas um hospital e que, no dia dos

acontecimentos, o nosocômio contava apenas com um médico, ora recorrente. No momento do parto, ele estava terminando uma cesariana e, tão logo a concluiu, foi socorrer a recorrida. Afirmou o perito (cujo laudo cito, porque não há controvérsias sobre os fatos nele contidos):

> 4. O médico não acompanhou a parturiente no fim do primeiro e durante o segundo período do Parto, por estar, comprovadamente, realizando uma cesariana na outra sala, isto é, concomitantemente (fl. 233).

Ora, a existência de força maior não poderia ter sido simplesmente desconsiderada pelo julgador sem que ele indicasse os motivos que o levaram à desconsideração.

Nosso sistema processual abraça o princípio do livre convencimento motivado, que inclusive está positivado no artigo 131 do Código de Processo Civil, cujos termos são os seguintes:

> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Tão importante a motivação dos atos decisórios que a Constituição Federal abraçou tal princípio, conforme se vê do art. 93, IX, da norma maior. Assim, a falta de motivação da sentença acarreta sua nulidade.

Mas, no presente feito, a nulidade não se faz imperiosa, visto haver outro fundamento que também dá sustentação ao acórdão e diz respeito à responsabilidade civil do médico.

Como afirmei anteriormente, o Tribunal considerou a ausência do médico da sala de parto per si suficiente a perpetrar a obrigação de indenizar. Não fez quaisquer referências acerca do nexo de causalidade entre a negligência do médico e o eventual dano sofrido pela criança que havia nascido; ou seja: aplicou a teoria da responsabilidade civil objetiva.

Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual - vínculo estabelecido entre médico e paciente - refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência, entre as possibilidades de que dispõe o profissional no seu meio de atuação, em auxílio do paciente. Não se pode olvidar que, mesmo que os profissionais envolvidos empreguem toda sua diligência no ato, ainda assim podem advir reações imprevisíveis e situações inesperadas.

Não podendo o médico assumir o compromisso com um resultado específico (exceto quando se tratar de cirurgia estética), outra não pode ser a teoria da responsabilidade que não a subjetiva, devendo-se averiguar se houve culpa do profissional.

A respeito do assunto, esclarece José de Aguiar Dias:

> A prova da culpa.
> Do fato de ser o contrato de tratamento médico uma obrigação de meio e não de resultado, decorre, como vimos, que ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa. Na apuração da responsabilidade há que atender a estas normas: a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja questão técnica a elucidar; caso contrário, será incivil admiti-la, dada ignorância da testemunha legal com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta à possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico, que acarreta responsabilidade ainda quando o nexo de causalidade seja mediato (in *Da Responsabilidade civil*. 11. ed., p. 334).

Portanto, a responsabilização do médico pressupõe o estabelecimento do nexo causal entre causa e efeito da falta médica. Como afirmei, o acórdão recorrido passou ao largo dessa questão, considerando a responsabilidade em questão como sendo objetiva.

A isso acrescente-se que a alegação de erro médico deve ter suporte em prova técnica, pois, sendo o julgador leigo no assunto, tem de trazer a si elementos especializados que dêem embasamento ao julgado. Todavia, verifica-se que o acórdão recorrido considerou os fatos de forma diametralmente oposta às conclusões da prova pericial e não embasou a condenação em quaisquer outros tipos de provas.

Todos esses fatos indicam a necessidade de reforma do julgado, porquanto, se não apurada exatamente em que consiste a culpa do recorrente quanto ao dano apontado - lesão cerebral -, as normas contidas nos artigos 186 e 951 do Código Civil desservem ao fim de sustentar uma condenação.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido, julgando a ação improcedente em relação ao ora recorrente.

Inverto o ônus de sucumbência, devendo a autora arcar com metade das custas processuais, e reduzo a verba honorária para 10% sobre o valor da causa.

É como voto.

Voto

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR - Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, louvando a excelência da sustentação oral do ilustre advogado.

Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009. - *Teresa Helena da Rocha Basevi* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 26.02.2009.)

...

Habeas corpus - Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena" - Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil - Dignidade da pessoa humana - Art. 1º, III, da Constituição do Brasil

- O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

- Daí que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

- A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

- A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

- Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio deliqüente".

- A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais (leia-se STJ e STF) serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

- No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (art. 2º da Lei nº 2.364/61, que deu nova redação à Lei nº 869/52), o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil, isso porque - disse o relator - "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso a absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate de garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

- Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Ordem concedida.

HABEAS CORPUS Nº 94.408-6-MG - Relator: MIN. EROS GRAU

Paciente: Gilberto da Cruz Rocha. Impetrantes: Geraldo Costa de Faria e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009. - *Ministro Eros Grau* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator) - O paciente foi condenado pela prática dos delitos de receptação [três anos de reclusão e cem dias-multa]; adulteração de sinais identificadores de veículo automotor [cinco anos de reclusão e cem dias-multa]; e falsificação de documento público [quatro anos de reclusão e cem dias-multa], em regime semiaberto, sendo-lhe assegurada a execução da pena somente após o trânsito em julgado da sentença, vez que permaneceu em liberdade durante todo o curso da ação penal.

2 - O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento à apelação interposta pela defesa, determinando a expedição de mandado de prisão.

3 - Contra essa decisão foram opostos embargos declaratórios, parcialmente acolhidos pelo TJ/MG [f. 15].

4 - Daí a impetração no Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que a execução antecipada da pena consubstancia afronta ao princípio da presunção da inocência. O *writ* foi indeferido em acórdão assim ementado:

> *Habeas corpus* liberatório - Paciente condenado por receptação (3 anos), adulteração de sinal identificador de veículo automotivo (5 anos) e falsificação de documento público (4 anos) - Regime inicial semi-aberto - Sentença que condicionou a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da condenação - Apelação exclusiva da defesa - Confirmação da condenação e determinação de expedição de mandado de prisão pelo Tribunal Estadual - *Reformatio in pejus* inexistente - Ofensa ao princípio da presunção de inocência não caracterizada - ausência de efeito suspensivo dos recursos raros - Lei 8.038/90 - Súmula 267/STJ - Execução provisória - Possibilidade - Ordem denegada.
>
> 1 - Na hipótese, o Juiz deferiu o direito de o réu apelar em liberdade e determinou que se aguardasse o trânsito em julgado para lançar o nome do réu no rol dos culpados, expedir a carta de guia e formar os autos da execução penal. Ainda que se queira extrair dessa assertiva que o Magistrado concedeu o direito de o acusado permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, essa determinação não pode ser acolhida, porque ao Juiz de primeiro grau é defeso impor ao Tribunal e às instâncias superiores a suspensão da eficácia da condenação; por isso, não há que se falar em *reformatio in pejus*.
>
> 2 - Não se deve dar essa extensão ao pronunciamento judicial de primeiro grau que permite o recurso em liberdade, ainda que faça menção ao trânsito em julgado da condenação, porque ele está inevitavelmente vinculado ao momento processual de prolação da sentença; tal determinação, por óbvio, refere-se ao recurso contra o édito condenatório de primeiro grau, não sendo admissível que essas expressões corriqueiras da linguagem penal ganhem dimensão para além do esgotamento da instância ordinária.
>
> 3 - Assim, esgotada a instância ordinária, a expedição do mandado de prisão é mera consequência da condenação. Os recursos cabíveis a partir de então, não possuem efeito suspensivo, competindo à parte demonstrar a plausibilidade de suas alegações para sustar a eficácia do decreto condenatório, sendo de rigor a incidência da Súmula 267 desta Corte, segundo a qual, a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão.
>
> 4 - Pretender que o réu possa, por meio da interposição de sucessivos recursos, sem a cabal demonstração da viabilidade de suas alegações, decidir o momento do início do cumprimento da pena, sem dúvida seria relegar a coercitividade da atuação jurisdicional a um plano menor. É importante frisar que a própria Constituição coloca à disposição de todo cidadão, até mesmo dos condenados por delitos hediondos, mecanismos de proteção contra abusos e ilegalidades, como a Ação de *Habeas Corpus*, que possui rito célere, independente de prazo para o seu oferecimento ou exigência de qualquer natureza, capaz de reparar injustiças ou ilegalidades flagrantes eventualmente cometidas, inclusive, se for o caso, reconhecer a possibilidade de revogação da prisão; ademais, o condenado pode valer-se de medida cautelar e obter, liminarmente, caso demonstre a plausibilidade do direito alegado, o efeito suspensivo aos Apelos raros.
>
> 5 - Anote-se, por fim, que em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal *a quo*, verificou-se que já foram julgados os Embargos Declaratórios opostos em adversidade ao acórdão que decidiu a Apelação, aguardando-se o decurso de prazo para eventual interposição dos recursos especial e extraordinário.
>
> 6 - Com essa fundamentação, voto pela denegação da ordem, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário (f. 42-43).

5 - Nesta impetração alega violação dos princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa. Sustenta que a ordem de segregação não está devidamente motivada.

6 - Alega ainda que a prisão do paciente não é cabível antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

7 - Requer a expedição de salvo-conduto que lhe assegura o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença.

8 - A medida liminar foi deferida.

9 - A PGR manifesta-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator) - A controvérsia destes autos diz com a possibilidade da execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2 - Valho-me, aqui, do voto produzido no *HC* nº 84.078, afetado ao Pleno em 24.11.04 e liberado para julgamento há muitos meses, atinente ao tema da execução antecipada da pena:

> 5 - O artigo 637 do Código de Processo Penal - Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - estabelece que '[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. (Exatamente esta é a redação do texto normativo; transcrevo-a entre aspas.)
> 6 - A Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 105: 'Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução'), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147: 'Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares'). Dispõe ainda, em seu artigo 164 – ('Extraída a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora') - que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial.
> 7 - A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'.
> 8 - Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP.
> 9 - No que concerne à pena restritiva de direitos, ambas as Turmas desta Corte vêm interpretando o artigo 147 da Lei de Execução Penal à luz do texto constitucional, com o que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Vejam-se as seguintes ementas:
> 'Ação Penal - Sentença condenatória - Pena privativa de liberdade - Substituição por pena restritiva de direito - Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento - Execução provisória - Inadmissibilidade - Ilegalidade caracterizada - Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da Lei de Execução Penal - *HC* deferido - Precedentes.
> - Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs' (*HC* nº 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, *DJ* de 09.06.2006).
> '*Habeas Corpus* - Penas restritivas de direitos - Execução antes do trânsito em julgado - Impossibilidade.
> - O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Ordem concedida' (*HC* nº 86498, 2ª Turma, Eros Grau, *DJ* de 19.05.2006).
>
> 'Ementa: *Habeas Corpus* - Penas restritivas de direitos - Impossibilidade de sua execução definitiva antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória - Pedido indeferido.
> - As penas privativas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente' (*HC* nº 84.859, 2ª Turma, Celso de Mello, *DJ* de 14.12.2004).
> 10 - No mesmo sentido, os *HHCC* 84.587, 1ª Turma, Marco Aurélio, *DJ* de 19.11.2004; 84.677, 1ª Turma, Eros Grau, Rel. p/ o acórdão Cezar Peluso, *DJ* de 08.04.2005; 84.741, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, *DJ* de 18.02.2005; 85.289, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, *DJ* de 11.03.2005 e o 88.741, 2ª Turma, Eros Grau, *DJ* de 04.08.2006.
> 11 - Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade - indubitavelmente mais grave - enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.
> 12 - A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma Rogério Lauria Tucci (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 281. Do mesmo autor, Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 33 (ano 9), p. 250-251), meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: 'o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva'. (No mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1, p. 63 '[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela'.)
> 13 - A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.
> 14 - Se tomarmos sob exame os textos normativos construídos no período compreendido pelos anos oitenta e noventa do século passado, discerniremos nítida oposição entre o que se convencionou chamar de 'garantismo', na década de 80 [em 1984, precisamente - com a reforma penal - e em 1988, na Constituição do Brasil] e a produção, na década de 90, de preceitos penais e processuais penais marcados, na dicção de Alexandre Wunderlich ('Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada, in *Crítica à execução penal*. [org. Salo de Carvalho], Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 510'), 'pelo repressivo insano e pelo excesso de criações punitivas'.
> 15 - O modelo de execução penal consagrado na reforma

penal de 1984 confere concreção ao chamado princípio da presunção de inocência, admitindo o cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A Constituição de 1988 dispõe regra expressa sobre esta matéria. Aqui, como observou o Ministro César Peluso em voto na Reclamação 2.311, não é relevante indagarmos se a Constituição consagra, ou não, presunção de inocência. O que conta, diz ainda o Ministro César Peluso, é o 'enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória'.

16 - Esse quadro foi alterado no advento da Lei nº 8.030/90, que institui normas procedimentais atinentes aos processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial 'serão recebidos no efeito devolutivo'. A supressão do efeito suspensivo desses recursos é expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei nº 7.960/89 e, logo em seguida, na edição da Lei nº 8.072/90, a 'Lei dos Crimes Hediondos', alterada em 1994 e em 1988 (Leis nºs 8.930/94 e 9.677/98). Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio deliquente'. (*O salão dos passos perdidos*. 3ª impressão, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997, p. 219). Essa desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança denuncia aquela que em outra ocasião referi como 'estirpe dos torpes delinquentes enrustidos que, impunemente, sentam à nossa mesa, como se fossem homens de bem'. (Meu, *Do ofício de orador*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006, p. 72).

17 - O casuísmo do legislador na elaboração da Lei 8.072/90 é o mesmo casuísmo do legislador da Lei nº 8.038/90, determinado pela onda de extorsões mediante sequestro, notadamente os casos Abílio Diniz, em São Paulo, e Roberto Medina, no Rio de Janeiro, e pela reação a que de pronto deram causa. A crítica de Alberto Silva Franco, (*Crimes hediondos*: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 98-99), ao primeiro aplica-se ao segundo: 'É mister, portanto, que se denuncie com eloquência esta postura ideológica, que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer ainda na própria execução penal. [...] Não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90'. A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas - a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética - qualquer ética - o que irremediavelmente nos conduz ao 'olho por olho, dente por dente'. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos.

18 - A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Ex.ª no julgamento do *HC* 69.964, a seguinte assertiva do Ministro Sepúlveda Pertence: '[...] quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. [...] E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, *data venia*, *que se hurlent de se trouver ensemble*'. Também o Ministro Marco Aurélio afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao artigo 5º da Constituição de 1988, da 'antecipação provisória do cumprimento da pena'. Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito (Vide meu, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. Malheiros Editores, 2009, p. 141 e ss.), estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente - e porque as palavras são terríveis, as palavras denunciam, causticamente - anoto a circunstância de o vocábulo *antecipada*, inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada. Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena.

19 - Não será certamente demasiada, no entanto, a lembrança do quanto observa o Professor Antonio Magalhães Gomes Filho, meu colega também da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: '[a] vedação a qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui, sem dúvida, o aspecto mais saliente da disposição constitucional do art. 5º, inciso LVII, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado. Embora não se possa esperar que a simples enunciação formal do preceito traduza modificação imediata e substancial no comportamento da sociedade - e mesmo dos atores jurídicos - em face daqueles que se vêem envolvidos com o aparato judiciário criminal, não é possível desconhecer que a Constituição instituiu uma verdadeira garantia de tratamento do acusado como inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória'. (Significados da presunção de inocência, In *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*, coordenação de José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo: Quartier Latin do

Brasil, 2006, p. 326). E, mais, diz ainda ele em outro texto: '[...] não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental e final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada'. (*Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 86). A admissão da execução provisória no sistema processual penal expressa absoluta incongruência, qual anota Sidnei Agostinho Beneti, 'porque não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória' (citado por Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 283). E diz Fernando da Costa Tourinho Filho (*Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. revista, aumentada e atualizada, Saraiva, 2005, p. 465-466): se não há trânsito em julgado, a sentença penal não pode ser executada (art. 205 da Lei de Execução Penal); a interposição do recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado, não há título a justificar prisão do réu anteriormente a esse julgamento. 'A prisão - prossegue - ou é definitiva ou provisória. Aquela pressupõe sentença condenatória trânsita em julgado; esta pode ser efetivada antes, mas nos casos previstos em lei e desde que necessária [...]'.

20 - A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subsequentes embargos e agravos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço.

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Concedo a ordem para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Cumpre lembrar, ademais, que esta Corte vem concedendo liminares para suspender execuções antecipadas de penas. Há ainda, nesse sentido, acórdão recente (27.03.2007) da 2ª Turma proferido no R*HC* nº 89.550, de que sou Relator, *DJ* de 27.04.2007.

Inconstitucionalidade da chamada 'execução antecipada da pena'. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil.

O art. 637 do CPP estabelece que '[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'.

Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subsequentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiárias pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Recurso ordinário em *habeas corpus* conhecido e provido, em parte, para assegurar ao recorrente a permanência em liberdade até o trânsito em julgado de sua condenação.

Concedo a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação.

Voto

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, acompanho o Relator, não sem fazer ressalva do meu ponto de vista pessoal já externado no *habeas corpus* julgado na semana passada.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Julgamento presidido pelo Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 10.02.2009. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes

à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJe* de 10.02.2009.)

...

Recurso - Extraordinário - Inadmissibilidade - Servidor público - Vencimentos - Proventos - Vantagem pecuniária - Gratificação devida aos funcionários em atividade - Extensão aos aposentados - Rediscussão do caráter geral sob fundamento de ofensa ao art. 40, § 8º, da CF - Impossibilidade - Questão infraconstitucional - Recurso não conhecido - Aplicação das Súmulas 279, 280 e 636

- Reconhecido ou negado pelo tribunal *a quo* o caráter geral de gratificação funcional ou de outra vantagem pecuniária, perante os termos da legislação local que a disciplina, não pode o Supremo, em recurso extraordinário, rever tal premissa para estender ou negar aquela aos servidores inativos com base no art. 40, § 8°, da Constituição da República.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 586.949-1-MG - Relator: MIN. CEZAR PELUSO

Recorrente: Estado de Minas Gerais. Advogado: Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais/ Silvana Coelho. Recorrido: Júlio Marcos Abo Ganem. Advogado: Sinval Pereira da Silva.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009. - *Ministro César Peluso* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator) - Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que condenou o recorrente a estender aos aposentados vantagem paga aos servidores em exercício, a título de estímulo à produção individual.

Alega o recorrente, com base no art. 102, III, "a", da Constituição da República, violação aos seus arts. 37, 39, § 1ª e 40, § 8º, e ao enunciado da súmula 359.

Aduz, nesse sentido, que a vantagem pecuniária em questão não seria devida aos inativos no mesmo valor calculado para o pagamento dos servidores em atividade, pois a legislação local teria fixado critérios diferenciados diante da impossibilidade de avaliar o desempenho daqueles que já não atuam no âmbito do serviço público.

Alega que o servidor no exercício da função pública é avaliado quanto à produtividade e à eficiência, ao passo que não podem sê-lo os aposentados e pensionistas.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO CÉZAR PELUSO (Relator) - Inadmissível o recurso.

É condição indispensável para cognição da alegação de ofensa direta ao § 8º do art. 40 da Constituição da República, a prévia definição, pelo tribunal *a quo*, da natureza e alcance jurídicos do acréscimo pecuniário objeto da causa, à luz das normas subalternas locais que o disciplinam, enquanto premissa necessária para apuração de eventual direito subjetivo dos servidores aposentados, nos termos daquela regra constitucional.

Está claro que tal definição, porque se dá com base exclusiva na interpretação do regramento infraconstitucional que institui e conforma a vantagem, compete às instâncias ordinárias, mediante análise da prova dos fatos que podem compor, ou não, sua *fattispecie* concreta.

Assim, se o acórdão impugnado, no exercício dessa particular competência, reconhecendo que a gratificação tem caráter geral, a estende aos aposentados, ou, dando a ela cunho específico, lhes nega tal extensão, não pode esta Corte, no âmbito de recurso extraordinário, ditar solução diversa à causa, porque, para fazê-lo, seria mister rever, num primeiro passo metodológico, os fundamentos fáticos e jurídicos que, importando aplicação de direito local aos fatos tidos por provados, levaram o tribunal *a quo* a decidir neste ou naqueloutro sentido.

Noutras palavras, para declarar, como premissa ao exame da questão sobre existência de direito subjetivo dos aposentados, que a gratificação guardaria natureza geral ou específica, teria esta Corte de, antes, interpretar as normas da lei ordinária que a regula e avaliar as provas, para aplicar aquelas aos fatos revelados por estas, em tarefa que lhe veda a Constituição da República. Ao propósito, escusaria insistir em que a jurisprudên-

cia assentada da Corte não tolera, em recurso extraordinário, alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou até de eventual inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República, e, muito menos, pretensão de reexame de provas (súmulas 279 e 280).

Daí vem que, em tal hipótese, não é lícito, nos limites do recurso extraordinário, conhecer sequer da alegação de afronta ao princípio ou norma da legalidade, como está hoje inscrito na súmula 636:

> Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

Este Tribunal só poderia avançar juízo sobre suposta incompatibilidade entre o teor do acórdão impugnado e o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição da República, se, perante a legislação local e as provas da causa, aquela instância houvera reconhecido dimensão geral à gratificação, sem por motivo legítimo garanti-la aos aposentados, ou, predicando-lhe alcance específico, a atribuísse também aos inativos sob pretexto de aplicação daquela regra constitucional, de mera isonomia, ou de outra razão qualquer, o que não é o caso.

Pouco se dá que, em relação ao tema, deveras possam, no plano dos tribunais inferiores, editar-se decisões contraditórias em causas com o mesmo objeto ou *quaestio iuris*. Para tal eventualidade, os remédios jurídicos que asseguram a unidade e a certeza do direito estão, quanto aos feitos da competência dos tribunais estaduais, no incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 do Código de Processo Civil), e, quanto às vantagens previstas na legislação federal, no recurso especial (art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República).

Por fim, os demais temas constitucionais ora suscitados não foram objeto de nenhuma consideração no acórdão recorrido, faltando-lhes, assim, o requisito do prequestionamento, que deve ser explícito (súmula 282).

Por tais razões, não conheço do recurso.

Extrato da ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, não conheceu do recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Julgamento presidido pelo Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 10.02.09.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros César Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJe* de 13.03.2009.)

...

Índice Numérico

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Corte Superior

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.08.472985-4/000	Ação Direta de Inconst.	São Lourenço	José Antonino Baía Borges	61

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0002.08.015416-0/001	Ap. Cível	Abaeté	Márcia De Paoli Balbino	78
1.0003.05.015901-5/001	Ap. Cível	Abre-Campo	Alberto Vilas Boas	110
1.0024.03.116208-4/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Pereira da Silva	254
1.0024.03.149905-6/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Antônio de Pádua	83
1.0024.03.184420-2/002	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Edilson Fernandes	85
1.0024.03.894726-3/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Wagner Wilson	150
1.0024.03.999610-3/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	José Flávio de Almeida	270
1.0024.04.532560-2/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Roney Oliveira	259
1.0024.04.536429-6/001	Ap. Cív./Reex.Nec.	Belo Horizonte	Manuel Saramago	174
1.0024.05.658446-9/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Batista de Abreu	97
1.0024.05.803552-8/004	Ap. Cível	Belo Horizonte	Nicolau Masselli	176
1.0024.05.874760-1/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Caetano Levi Lopes	222
1.0024.05.900059-6/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	José Francisco Bueno	273
1.0024.06.019358-8/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Almeida Melo	233
1.0024.06.200777-8/001	Ap. Cív./Reex.Nec.	Belo Horizonte	Brandão Teixeira	257
1.0024.06.220002-7/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Vanessa Verdolim Hudson Andrade	124
1.0024.06.267813-1/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Fernando Bráulio	127
1.0024.06.278924-3/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Alberto Henrique	250
1.0024.06.992319-1/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Teresa Cristina da Cunha Peixoto	226
1.0024.06.992565-9/001	Ap. Cív./Reex.Nec.	Belo Horizonte	Silas Vieira	177
1.0024.07.384012-6/001	Ap. Cív./Reex.Nec.	Belo Horizonte	Maurício Barros	213
1.0024.07.440917-8/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	José Domingues Ferreira Esteves	215
1.0024.07.440951-7/003	Ap. Cív./Reex.Nec.	Belo Horizonte	Kildare Carvalho	131
1.0024.07.441999-5/004	Ap. Cível	Belo Horizonte	Nepomuceno Silva	133
1.0024.07.443698-1/002	Ap. Cív./Reex.Nec.	Belo Horizonte	Belizário de Lacerda	169
1.0024.07.446983-4/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Otávio Portes	92
1.0024.07.463294-4/002	Ap. Cível	Belo Horizonte	Afrânio Vilela	93
1.0024.07.475047-2/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Generoso Filho	139
1.0024.07.486588-2/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Fernando Botelho	142
1.0024.07.492315-2/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Maria Elza	146
1.0024.07.505279-5/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Tarcísio Martins Costa	171
1.0024.07.599800-5/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Domingos Coelho	218
1.0024.07.666382-2/001	Ap. Cív./Reex.Nec.	Belo Horizonte	Heloísa Combat	262
1.0024.07.673199-1/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Marcelo Rodrigues	264
1.0024.07.774673-3/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Dídimo Inocêncio de Paula	219
1.0024.07.805137-2/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Albergaria Costa	221

1.0024.08.038279-9/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Carreira Machado 81
1.0024.08.124356-0/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Eduardo Mariné da Cunha 199
1.0024.08.135073-8/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Eduardo Andrade 202
1.0024.08.169409-3/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Mota e Silva 248
1.0024.08.972269-8/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Nilson Reis 269
1.0027.08.156999-1/001	Ap. Cível	Betim	Alvim Soares 246
1.0035.06.083262-9/001	Ap. Cível	Araguari	Irmar Ferreira Campos 157
1.0049.07.011732-7/001	Ap. Cível	Baependi	Geraldo Augusto 106
1.0049.08.014295-0/001	Agr. de Instr.	Baependi	Audebert Delage 76
1.0071.07.034954-4/001	Agr. de Instr.	Boa Esperança	Bitencourt Marcondes 155
1.0079.02.002107-1/003	Agr. de Instr.	Contagem	Electra Benevides 64
1.0105.08.257296-4/001	Ap. Cível	Gov. Valadares	Nilo Lacerda 87
1.0105.08.257557-9/001	Ap. Cível	Gov. Valadares	Wander Marotta 125
1.0144.04.004299-2/001	Ap. Cível	Carmo do Rio Claro	Lucas Pereira 66
1.0145.05.215097-9/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Luciano Pinto 209
1.0145.08.468007-6/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Guilherme Luciano Baeta Nunes . . .261
1.0194.05.054812-3/002	Agr. de Instr.	Coronel Fabriciano	Elpídio Donizetti 236
1.0194.06.065953-0/001	Ap. Cível	Coronel Fabriciano	Saldanha da Fonseca 195
1.0223.08.261520-2/001	Ap. Cível	Divinópolis	Tibúrcio Marques 89
1.0283.06.006286-8/001	Ap. Cível	Guaranésia	Evangelina Castilho Duarte 180
1.0284.07.006501-6/001	Ap. Cível	Guarani	Pedro Bernardes 152
1.0377.04.000317-2/001	Ap. Cível	Lajinha	Rogério Medeiros 99
1.0386.05.001741-0/001	Ap. Cível	Lima Duarte	Alberto Aluízio Pacheco de Andrade . .63
1.0431.07.035125-6/001	Ap. Cível	Monte Carmelo	Cabral da Silva 112
1.0450.08.006613-4/003	Agr. de Instr.	Nova Ponte	José Antônio Braga 72
1.0456.04.023754-1/001	Ap. Cível	Oliveira	Antônio Bispo 191
1.0479.98.004801-7/002	Agr. de Instr.	Passos	Selma Marques 70
1.0481.04.040644-1/001	Ap. Cível	Patrocínio	Armando Freire 114
1.0481.07.077688-7/001	Reex.Nec.Cível	Patrocínio	Barros Levenhagen 121
1.0512.07.044010-6/001	Ap. Cível	Pirapora	Tiago Pinto 117
1.0514.04.012750-8/001	Ap. Cível	Pitangui	Senra Delgado 232
1.0518.07.122509-9/001	Ap. Cível	Poços de Caldas	Ernane Fidélis 82
1.0525.06.085467-2/001	Ap. Cível	Pouso Alegre	Fábio Maia Viani 122
1.0596.07.042848-4/003	Ap. Cível	Sta.Rita do Sapucaí	Mauro Soares de Freitas 235
1.0610.04.008244-4/001	Ap. Cível	S. Domingos do Prata	Marcos Lincoln 181
1.0621.04.007982-7/001	Ap. Cível	São Gotardo	Antônio Sérvulo 102
1.0625.07.070859-3/001	Ap. Cível	São João del-Rei	Dorival Guimarães Pereira 196
1.0637.06.034309-1/001	Ap. Cível	São Lourenço	Osmando Almeida 154
1.0672.08.285003-9/001	Agr. de Instr.	Sete Lagoas	Elias Camilo 167
1.0699.04.041059-8/001	Ap. Cível	Ubá	Luiz Carlos Gomes da Mata 193
1.0701.00.012465-4/001	Ap. Cível	Uberaba	Maurílio Gabriel 188
1.0701.04.089209-6/001	Ap. Cível	Uberaba	Hilda Teixeira da Costa 160
1.0701.05.108975-6/002	Ap. Cível	Uberaba	Valdez Leite Machado 164
1.0702.01.010113-8/001	Ap. Cível	Uberlândia	Alvimar de Ávila 186
1.0702.03.090932-0/001	Ap. Cível	Uberlândia	Francisco Kupidlowski 243
1.0702.06.296984-6/001	Ap. Cível	Uberlândia	Duarte de Paula 90
1.0702.07.402347-5/001	Ap. Cív./Reex.Nec.	Uberlândia	Moreira Diniz 251
1.0702.08.501783-9/001	Ap. Cível	Uberlândia	Dárcio Lopardi Mendes 94
1.0702.98.008374-6/001	Agr. de Instr.	Uberlândia	Sebastião Pereira de Souza 105
1.0707.03.067433-7/001	Ap. Cível	Varginha	Edivaldo George dos Santos 119
1.0708.04.010423-2/002	Agr. de Instr.	Várzea da Palma	Cláudia Maia 75

1.0713.07.074173-9/002	Reex.Nec.Cível	Viçosa	Edgard Penna Amorim	.238
1.0713.07.076699-1/001	Ap. Cível	Viçosa	José Affonso da Costa Côrtes	.239
1.0878.04.004394-4/002	Ap. Cível	Camanducaia	Fernando Caldeira Brant	.69

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.08.481368-2/001	Agr.de Exec.Penal	Belo Horizonte	Vieira de Brito	.295
1.0000.08.483306-0/000	*Habeas Corpus*	Belo Horizonte	Márcia Milanez	.296
1.0000.09.489339-3/000	*Habeas Corpus*	Ribeirão das Neves	Judimar Biber	.298
1.0000.09.489510-9/001	Agr.de Exec.Penal	Contagem	Eduardo Brum	.299
1.0019.06.012474-0/001	Ap. Criminal	Alpinópolis	Fernando Starling	.286
1.0024.08.975107-7/001	Rec.Sent.Estrito	Belo Horizonte	Doorgal Borges de Andrada	.324
1.0049.05.009048-6/001	Ap. Criminal	Baependi	Paulo Cézar Dias	.283
1.0056.01.004783-7/001	Ap. Criminal	Barbacena	Walter Pinto da Rocha	.305
1.0079.02.034754-2/001	Ap. Criminal	Contagem	Alexandre Victor de Carvalho	.90
1.0116.05.002803-8/001	Ap. Criminal	Campos Gerais	Eli Lucas de Mendonça	.304
1.0155.05.007586-2/001	Ap. Criminal	Caxambu	Maria Celeste Porto	.310
1.0223.03.126830-1/001	Ap. Criminal	Divinópolis	Adilson Lamounier	.319
1.0283.05.002712-9/001	Ap. Criminal	Guaranésia	Antônio Armando dos Anjos	.301
1.0313.05.176092-1/001	Ap. Criminal	Ipatinga	Pedro Vergara	.292
1.0324.05.035386-5/001	Ap. Criminal	Itajubá	Hélcio Valentim	.312
1.0351.01.006347-4/001	Ap. Criminal	Janaúba	Júlio Cezar Guttierrez	.307
1.0362.06.072130-9/001	Ap. Criminal	João Monlevade	Fortuna Grion	.317
1.0418.07.006537-4/001	Rec.Sent.Estrito	Minas Novas	Ediwal José de Morais	.281
1.0470.01.004074-4/001	Ap. Criminal	Paracatu	Delmival de Almeida Campos	.278
1.0511.04.000270-7/001	Rec.Sent.Estrito	Pirapetinga	Jane Silva	.300
1.0517.07.002949-4/001	Ap. Criminal	Poço Fundo	Herculano Rodrigues	.277
1.0629.07.036154-4/001	Rec.Sent.Estrito	S.João Nepomuceno	José Antonino Baía Borges	.315
1.0637.06.035391-8/001	Ap. Criminal	São Lourenço	Beatriz Pinheiro Caires	.291
1.0701.02.014658-8/001	Ap. Criminal	Uberaba	Renato Martins Jacob	.288
1.0702.08.435541-2/001	Ap. Criminal	Uberlândia	Antônio Carlos Cruvinel	.322

Superior Tribunal de Justiça

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
906.466-MG	Recurso Especial	Arnaldo Esteves Lima	.327
1.046.068-MG	Recurso Especial	Sidnei Beneti	.330
1.078.057-MG	Recurso Especial	João Otávio de Noronha	333

Supremo Tribunal Federal

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
94.408-6-MG	*Habeas Corpus*	Eros Grau	.337
586.949-1-MG	Recurso Extraordinário	Cezar Peluso	.342

Índice Alfabético e Remissivo

A

ABANDONO DA CAUSA
Não ocorrência - Intimação do autor - Ausência de prova - § 1º do art. 267 do CPC - Não incidência 99

ABANDONO MATERIAL
Não configuração - Pensão alimentícia - Inadimplemento - Justa causa - Ausência de dolo - Absolvição - Lei nº 9.099/95 - Inaplicabilidade - Mandado de citação - Art. 352 do CPP - Observância - Nulidade - Não ocorrência 277

AÇÃO ANULATÓRIA
Auto de infração - Desconstituição - ICMS - Importação indireta - Não ocorrência 174

Interesse de agir - Assembleia geral extraordinária - Cargo eletivo - Recondução 92

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
Contrato de adesão de voluntariado - Celebração entre o Município e a esposa do Prefeito - Regras referentes ao nepotismo e à improbidade administrativa - Suspeita de burla - Suspensão do contrato - Liminar - Concessão - Manutenção da decisão 76

Estabelecimento penal - Interdição - Juízo Criminal - Incompetência - Competência em razão da matéria - Natureza absoluta - Art. 59 da Lei Complementar nº 59/2001 - Aplicabilidade - Vara da Fazenda Pública - Ausência na comarca - Anulação do feito a partir da citação 114

Improbidade administrativa - Tabelião - Processo administrativo disciplinar - Sanções administrativas - Acumulação - Possibilidade - Art. 12 da Lei nº 8.429/92 - Aplicabilidade - Taxa de fiscalização judiciária - Ausência de repasse à Fazenda Estadual - Dolo - Enriquecimento ilícito - Dano ao erário - Prova - Princípio da legalidade - Princípio da moralidade - Violação - Recurso - Improvimento 226

Obrigação de fazer - Repasse de verbas à associação beneficente - Formulação de políticas públicas para atendimento e prestação de serviços médicos e farmacêuticos a idosos do Município - Determinação ao Poder Público - Violação ao princípio da separação dos Poderes - Pedido juridicamente impossível - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Art. 267, VI, do CPC 106

Parceria público-privada - Concessão administrativa - Complexo penal - Construção e gestão - Licitação - Liminar - Pedido - Determinação ao Estado para se abster de homologar o certame - Ausência do *fumus boni iuris* - Indeferimento da medida - Princípio do livre convencimento motivado do juiz - Decisão confirmada 202

Reiterada contratação temporária de servidores - Excepcional interesse público - Ausência - Função de necessidade permanente - Provimento dos cargos - Concurso público - Não ocorrência - Ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade 121

AÇÃO COMINATÓRIA
Cumulação com indenização por danos morais - Falsificação de obras registradas no INPI - Abstenção por parte do infrator sob pena de multa diária - Determinação judicial - Invenção - Obra intelectual - Lei nº 9.610/98 - Contrafação - Prova - Existência - Concorrência desleal - Dever de indenizar - Valor indenizatório - Critério de fixação 243

AÇÃO DE COBRANÇA
Ex-empregada - Relação de emprego - Valores indevidamente apropriados - Veementes indícios - Índole eminentemente civil - Competência - Justiça Comum estadual - Conta bancária - Bloqueio - Indisponibilidade dos bens - Liminar - *Fumus boni juris* - *Periculum in mora* - Requisitos presentes - Manutenção 171

Quitação do débito - Prova - Ônus do devedor - Arrendamento - Terra devoluta - Petição inicial - Inépcia - Ausência - Prova testemunhal - Desnecessidade - Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Instrução processual - Juntada de documentos não novos - Possibilidade 142

AÇÃO DE DIVISÃO
Deliberação da partilha - Auto de divisão - Lavratura - Folhas de pagamento - Sentença homologatória - Cabimento - Honorários advocatícios - Ausência de fixação na primeira fase do procedimento - Omissão não sanada - Coisa julgada formal - Cobrança dos honorários em sede própria - Possibilidade 69

AÇÃO DE NULIDADE
Ação declaratória de nulidade de alteração de contrato social e condenatória a obrigação de não fazer - Homologação de acordo firmado entre o autor e um dos réus - Partes representadas concomitantemente pelos mesmos advogados - Ofensa ao § 6º do art. 15 da Lei nº 8.906/94 - Violação do art. 513 do CPC - Descabida a propositura de ação anulatória autônoma (STJ) 330

Ato jurídico - Improcedência do pedido - Venda de imóvel a terceiro de boa-fé - União estável não declarada - Outorga uxória - Inexistência - Negócio jurídico - Ausência de dolo, fraude ou simulação - Validade 152

Cláusula contratual - Abusividade - Revisão - Comissão de permanência - Possibilidade após o vencimento da dívida - Percentual - Previsão no contrato - Necessidade - Cumulação com outros encargos - Vedação - Mora - Configuração - Adequação dos valores 139

Improcedência do pedido - Alienação de imóvel - Venda de descendente a ascendente - Possibilidade - Negócio jurídico - Validade 232

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Lei orgânica municipal - Previsão de infração político-administrativa - Correspondência com a Constituição Estadual - Princípio da simetria - Não observância - Procedência do pedido 61

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE
Fato novo - Investigação de paternidade - Trânsito em julgado - Exame de DNA - Resultado diverso - Coisa julgada - Relativização - Limites - Direitos da personalidade - Princípio da dignidade da pessoa humana 102

AÇÃO ORDINÁRIA
Servidor público municipal - Lei nº 2886/96 - Regulamento - Poder Executivo - Omissão - Irrelevância - Requisitos legais - Preenchimento 246

AÇÃO REIVINDICATÓRIA
Prejudicialidade - Suspensão do processo - Conexão - Configuração - Sentença desconstituída 180

ACIDENTE DE TRABALHO
Indenização securitária - Atividade laborativa - Acidente pessoal - Hérnia de disco - Incapacidade para função - Seguro - Contrato - Interpretação mais favorável ao segurado - Código de Defesa do Consumidor - Invalidez permanente - Ônus da prova 122

ACIDENTE DE TRÂNSITO
Atropelamento - Condutor inabilitado - Culpa exclusiva da vítima - Indenização - Não cabimento 112

Concessionária de serviço público - Nexo causal - Não configuração - Falta de habilitação para dirigir veículo - Culpa exclusiva da vítima - Indenização - Não cabimento 235

AGRAVO DE INSTRUMENTO
Cumprimento de sentença - Multa - Art. 475-J do CPC - Termo inicial - Trânsito em julgado da sentença condenatória - Intimação prévia do devedor - Desnecessidade 236

Recurso inadequado - Princípio da fungibilidade - Impossibilidade - Interposição reiteradas vezes - Má-fé - Configuração 64

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
Cessão de crédito - Eficácia - Notificação do devedor - Ausência de prova - Busca e apreensão - Substituição processual - Impossibilidade 155

ALIMENTOS
Alimentos gravídicos - Lei nº 11.804/08 - Ação ajuizada anteriormente à sua vigência - Gravidez - Situação atual - Retroatividade da lei nova - Possibilidade de aplicação - Formalismo jurídico - Instrumentalidade das formas - Celeridade processual 94

Pensão alimentícia - Inadimplemento - Prisão civil - Risco de desemprego - Impossibilidade de exercício de atividade lucrativa - Conciliação - Nova audiência - Possibilidade - Revogação do decreto prisional 124

APELAÇÃO CRIMINAL
Improvimento - Homicídio - Crime tentado - Desclassificação para lesão corporal grave - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Não ocorrência 278

APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Configuração - Pensão alimentícia - Desconto em folha de pagamento - Ausência de repasse - Ressarcimento do prejuízo - Irrelevância 291

Não configuração - Despachante - Atraso na transferência de veículo - Ausência de dolo - Obrigação contratual - Demora no cumprimento - Atipicidade da conduta - absolvição 288

ARBITRAGEM
Sentença arbitral - Ação anulatória - Art. 32 da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) - Ausência das situações elencadas - Recurso próprio - Prova pericial - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Não ocorrência 164

ARREMATAÇÃO
Exequente - Lance inferior ao da avaliação - Possibilidade - Preço vil - Não configuração 97

ARTIGO JURÍDICO
Alteração na forma de inquirição de testemunhas no processo penal: a nova redação do art. 121 do CPP - Mônica Silveira Vieira 29

Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial - Luís Roberto Barroso 35

O contrato eletrônico no limiar do século XXI - Adriano Roberto Vancim 51

O quesito "III" do art. 483 do CPP, segundo a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008 - Marco Antônio Silva 32

ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA
Ação anulatória - Interesse de agir - Cargo eletivo - Recondução 92

ASTREINTE
Incidência - Cumprimento de sentença - Obrigação de fazer - Executado - Intimação prévia e pessoal - Necessidade 75

AUTORIZAÇÃO PARA IMPRESSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS - AIDF
Quitação de débitos tributários - Comprovação - Exigência - Decisão transitada em julgado - Nova AIDF - Mesma situação fática e jurídica - Proposição de ação judicial - Desnecessidade 85

B

BEM MÓVEL
Locação - ISS - Não incidência - Lei Complementar nº 116/03 - Lista elencada - Taxatividade - Taxa Selic - Aplicabilidade 273

BUSCA E APREENSÃO
Alienação fiduciária - Cessão de crédito - Eficácia - Notificação do devedor - Ausência de prova - Substituição processual - Impossibilidade 155

C

CÉDULA DE PRODUTO RURAL
Cessão de direito - Avalista - Garantia por contrato de seguro - Banco avalista - Compromisso honrado - Indenização securitária paga - Seguradora - Sub-rogação dos direitos e ações do segurado 66

CERCEAMENTO DE DEFESA
Não ocorrência - Prova testemunhal - Desnecessidade - Indeferimento - Possibilidade 142

CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS
Imóvel - Venda *ad corpus* - Real dimensão do imóvel - Discussão nos autos de inventário - Impossibilidade - Retificação de área - Ação própria 167

CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE
Relevante valor social - Não caracterização 301

COMISSÃO
Representação comercial - Diferenças - Prova pericial - Valor total devido - Apuração - Liquidação de sentença - Juros de mora - Incidência - Citação - Termo inicial 150

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA
Possibilidade após o vencimento da dívida - Percentual - Previsão no contrato - Cumulação com outros encargos - Vedação 139

COMODATO
Contrato verbal - Comodante - Desinteresse na manutenção do contrato - Notificação - Não desocupação do imóvel - Esbulho possessório - Configuração - Cônjuge sobrevivente - Aquisição da propriedade plena - Rescisão contratual - Possibilidade - Posse pretérita - Reintegração de posse 117

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL
Ação de cobrança - Ex-empregada - Relação de emprego - Valores indevidamente apropriados - Veementes indícios - Índole eminentemente civil - Processo e julgamento - Competência - Justiça Comum estadual 171

Estabelecimento penal - Interdição - Juízo Criminal - Incompetência - Competência em razão da matéria - Natureza absoluta - Art. 59 da Lei Complementar nº 59/2001 - Aplicabilidade - Vara da Fazenda Pública - Ausência na comarca - Ação civil publica - Anulação do feito a partir da citação 114

Sociedade de economia mista federal - Causa cível em que a União não figura como parte ou interveniente - Processo e julgamento - Competência da Justiça comum - Art. 59 da Lei Complementar Estadual nº 59/2001 - Não incidência - Vara da Fazenda Pública e Autarquias - Incompetência absoluta - Juízo competente - Vara Cível - Sentença - Anulação - Redistribuição do processo 233

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA
Contrato - Resolução - Arrependimento - Arras penitenciais - Restituição 195

CONCORRÊNCIA DESLEAL
Produtos contrafeitos - Semelhança no *design* - Confusão causada ao consumidor - Prejuízo ao criador da ideia - Indenização 243

CONCURSO PÚBLICO
Deficiência física - Portador de visão monocular - Direito às vagas reservadas - Lei Estadual nº 11.867/95 - Dano moral - Dano material - Ausência de comprovação Indenização - Não cabimento 169

CONDOMÍNIO
Vaga de garagem - Alteração - Áreas privativas - Utilização - Impossibilidade 93

CONEXÃO
Configuração - Ações que envolvem as mesmas partes - Mesmo fato jurídico - Risco de decisões contraditórias - Arts. 103 e 105 do CPC 180

CONFISSÃO ESPONTÂNEA
Compensação - Reincidência 292

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Pedido de restituição - Desconto dos empregados - Ausência de repasse à seguridade social - Créditos - Direito de preferência 257

Proventos - Militar inativo - Arts. 40, § 12, e 195, II, da Constituição Federal - Período posterior à Emenda Constitucional 41/03 - Regime geral de previdência social - Incidência sobre o que ultrapassar o teto - Princípio da solidariedade social - Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da previdência - Desconto indevido - Suspensão - Assistência médica - Prestação do serviço após a suspensão da contribuição 127

CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL
Atentado violento ao pudor - Continuidade delitiva - Não configuração - Dispensável prova pericial - Vítima menor de 14 anos - Caráter absoluta da presunção de violência - Art. 226, III, do CP - Causa de majoração da pena - Revogação da Lei nº 11.106/05 - Aplicação retroativa da lei mais benéfica - Recurso especial - Recurso conhecido e parcialmente provido (STJ) 327

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE
Crime contra a flora - Área de preservação permanente - Perícia - Valoração da prova - Materialidade - Nova definição jurídica - *Emendatio libelli* - Possibilidade - Erro de proibição - Caracterização - Diminuição da pena - Aplicabilidade 312

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO
Furto simples - Coisa abandonada - Autoria - Materialidade - Dolo - Ausência de prova - Erro de tipo - Configuração - Absolvição 310

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA
Atipicidade - Absolvição - Ordem de agente de trânsito - Infração de trânsito - Sanção administrativa 286

CRIME DE TRÂNSITO
Não caracterização - Disputa automobilística - Dolo eventual - Homicídio doloso - Desclassificação do crime para delito de trânsito - Impossibilidade 315

CULPA *IN VIGILANDO*
Lesões físicas - Acidente no interior de estabelecimento de ensino - Dever de guarda e vigilância - Omissão - Entidade privada prestadora de serviço público - Danos morais - Reparação devida - Indenização 264

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA
Multa - Art. 475-J do CPC - Termo inicial - Trânsito em julgado da sentença condenatória - Intimação prévia do devedor - Desnecessidade 236

Obrigação de fazer - *Astreinte* - Incidência - Executado - Intimação prévia e pessoal - Necessidade 75

D

DANO MORAL
Comprovação - Dever de indenizar - Pessoa jurídica - Sujeito passivo - Possibilidade - Súmula 227 do STJ . . .250

DEFENSOR DATIVO
Honorários advocatícios - Litigância de má-fé - Não ocorrência - Resolução nº 04/2002 do Conselho Seccional da OAB/MG - Exigência administrativa ilegal 215

DENÚNCIA
Retratação da vítima antes do recebimento da denúncia - Violência doméstica e familiar contra a mulher - Lei Maria da Penha - Lei especial - Crime de ameaça - Ação penal pública condicionada à representação 324

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME
Disputa automobilística - Dolo eventual - Homicídio doloso - Desclassificação para delito de trânsito - Impossibilidade 315

Incêndio - Autoria - Materialidade - Prova - Dano qualificado - Possibilidade - *Emendatio libelli* - Segunda instância - Admissibilidade 322

Lesão corporal seguida de morte - Desclassificação para lesão corporal simples - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Prova - Absolvição - Inadmissibilidade - Circunstância atenuante - Relevante valor social - Não caracterização 301

Perda de dente - Deformidade permanente - Não ocorrência - Lesão corporal gravíssima - Desclassificação para lesão corporal grave - Possibilidade - Legítima defesa - Não caracterização 319

Roubo impróprio - Furto e ameaça - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação 317

Roubo majorado - Desclassificação para favorecimento real - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação 290

Tortura - Sequestro - Lesão corporal - Condenação 283

DESPEJO
Cobrança - Cumulação de ações - Benfeitorias no imóvel - Indenização - Cláusula contratual de exoneração do locador - Produção de prova pericial - Expedição de ofício à Receita Federal - Comprovação da propriedade do imóvel - Desnecessidade 199

Denúncia vazia - Locação - Direito pessoal - Citação do cônjuge - Desnecessidade - Litisconsórcio necessário - Não ocorrência - Venda do imóvel - Direito de preferência - Discussão - Apelação - Via processual inadequada . . .89

DIREITO DE PREFERÊNCIA
Contribuição previdenciária - Pedido de restituição - Desconto dos empregados - Ausência de repasse à seguridade social - Créditos 257

DIREITOS POLÍTICOS
Suspensão - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Possibilidade 307

DIVÓRCIO
Divórcio consensual direto - Cônjuge residente no exterior - Procurador com poderes especiais - Representação - Audiência de conciliação - Comparecimento - Impossibilidade - Admissibilidade do pedido - Ratificação do pedido - Questões relativas a filho e bens do casal - Necessidade de audiência 125

DOUTRINA - Vide: artigo jurídico

E

EMBARGOS DE TERCEIRO
Penhora - Realização antes da partilha no rosto dos autos de inventário - Bem certo e determinado - Impossibilidade 218

EMENDATIO LIBELLI
Crime contra a flora - Área de preservação permanente - Perícia - Valoração da prova - Materialidade - Nova definição jurídica - Possibilidade 312

Incêndio - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Dano qualificado - Possibilidade - Segunda instância - Admissibilidade 322

ERRO DE PROIBIÇÃO
Caracterização - Diminuição da pena - Aplicabilidade - Crime contra a flora - Área de preservação permanente - Perícia - Valoração da prova - Materialidade 312

ERRO DE TIPO
Crime contra o patrimônio - Furto simples - Coisa abandonada - Autoria - Materialidade - Dolo - Ausência de prova - Absolvição 310

Responsabilidade civil - Princípio do livre convencimento motivado - Art. 131 do Código Civil (STJ) 333

ESTABELECIMENTO PENAL
Interdição - Ação civil pública - Juízo Criminal - Incompetência - Competência em razão da matéria - Natureza absoluta - Art. 59 da Lei Complementar nº 59/2001 - Aplicabilidade - Vara da Fazenda Pública - Ausência na comarca - Anulação do feito a partir da citação 114

ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - Vide: Lei Estadual nº 869, de 1952 . . . . . .262 e 131

ESTELIONATO
Cheque sem fundos - Dolo - Tipicidade - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação - Semi-imputabilidade - Redução da pena 305

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
Apresentação em primeira instância - Revitalização de coisa julgada - Anulação de atos processuais - Impossibilidade - Intuito procrastinatório - Improcedência do pedido 70

EXECUÇÃO
Arrematação - Exequente - Lance inferior ao da avaliação - Possibilidade - Preço vil - Não caracterização 97

Inviabilidade - Título executivo - Liquidez - Ausência - Art. 586 do Código de Processo Civil 176

Sentença condenatória - Obrigação de fazer - *Astreinte* - Intimação pessoal - Obrigatoriedade - Inobservância - Valor elevado da multa - Desconstituição do julgado 270

EXECUÇÃO DA PENA
Habeas corpus - Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena" - Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil - Dignidade da pessoa humana - Art. 1º, III, da Constituição do Brasil (STF 337

Progressão de regime - Exame criminológico - Determinação - Possibilidade 299

F

FORNECEDOR
Responsabilidade civil objetiva - Explosão de vasilhame - Manipulação - Riscos - Ausência de informação - Dano moral 188

FRAUDE À EXECUÇÃO
Configuração - Doação de usufruto posterior ao ajuizamento da execução - Ineficácia - Decisão que pronuncia a fraude - Decisão declaratória - Prescrição ou decadência - Inexistência 105

FURTO
Coisa abandonada - Autoria - Materialidade - Dolo - Ausência de prova - Erro de tipo - Configuração - Absolvição 310

H

HABEAS CORPUS
Denegação da ordem - Réu pronunciado - Tribunal do Júri - Julgamento - Excesso de prazo - Não ocorrência - Art. 418 do CPP - Desaforamento - Possibilidade 298

Inadmissibilidade - Menor - Medida socioeducativa - Internação provisória - Imposição em sentença condenatória - Ausência de ilegalidade 296

HOMENAGENS À EJEF
Dom Helder Câmara e a Escola Judicial Des. Edésio Fernandes - Tadeu Rodrigo Ribeiro 15

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEF - Magistratura qualificada e consciente! - Reynaldo Ximenes Carneiro (Segundo Vice-Presidente e Superintendente da EJEF/TJMG) 13

Justiça Militar presta justa homenagem à EJEF - Rúbio Paulino Coelho (Presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais) 17

HOMICÍDIO DOLOSO
Disputa automobilística - Dolo eventual - Desclassificação do crime para delito de trânsito - Impossibilidade - Sentença de pronúncia - Qualificadora manifestamente improcedente - Exclusão 315

HOMICÍDIO QUALIFICADO
Valoração da prova - Ciúme - Motivo torpe - Não configuração - Sentença de pronúncia - Qualificadora - Exclusão 281

HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO
Indícios de autoria - Materialidade - Valoração da prova - Legitima defesa - Dúvidas sobre a ocorrência - Absolvição sumária - Impossibilidade - Pronúncia - Necessidade - Decisão - Competência - Tribunal do Júri 300

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
Defensor dativo - Litigância de má-fé - Não ocorrência - Resolução nº 04/2002 do Conselho Seccional da OAB/MG - Exigência administrativa ilegal 215

Fixação - Coisa julgada formal - Cobrança em sede própria - Possibilidade 69

Fixação - Observância do § 4º do art. 20 do CPC - Redução - Impossibilidade 99

HONORÁRIOS PERICIAIS
Fixação - Critério - Art. 10 da Lei nº 9.289/96 - Ato privativo do juiz - Processo de competência da Justiça Comum - Tabela prevista na Resolução 558 do Conselho de Justiça Federal - Inaplicabilidade - Valor dos honorários - Depósito - Cumprimento da obrigação - Fixação de *astreinte* - Possibilidade 248

I

ICMS
Importação indireta - Não ocorrência - Auto de Infração - Desconstituição 174

IMÓVEL
Adjudicação - Cessão de direitos hereditários - Venda *ad corpus* - Real dimensão do imóvel - Discussão nos autos de inventário - Impossibilidade - Retificação de área - Ação própria 167

Ação civil pública - Tabelião - Processo administrativo disciplinar - Sanções administrativas - Acumulação - Possibilidade - Art. 12 da Lei nº 8.429/92 - Aplicabilidade - Taxa de fiscalização judiciária - Ausência de repasse à Fazenda Estadual - Dolo - Enriquecimento ilícito - Dano ao erário - Prova - Princípio da legalidade - Princípio da moralidade - Violação - Recurso - Improvimento 226

INCÊNDIO
Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Dano qualificado - Possibilidade - *Emendatio libelli* - Segunda instância - Admissibilidade 322

INDENIZAÇÃO
Construção em terreno alheio - Benfeitorias - Obrigação de indenizar - ilegitimidade passiva 154

Dano moral - Banco - Conta-salário - Tarifa - Cobrança - Inadmissibilidade - SPC - Inscrição - Dever de indenizar - *Quantum* indenizatório - Valor - Critério de fixação 261

Dano moral - Comprovação - Dever de indenizar - Pessoa jurídica - Sujeito passivo - Possibilidade - Súmula 227 do STJ 250

Dano moral - Configuração - Prisão preventiva - Ilegalidade - Responsabilidade civil do Estado - Mácula à dignidade da pessoa humana - Erro judiciário - Comprovação - Dano moral - Configuração - Valor - Critério de fixação - Majoração - Arts. 5º, LXXV, e 37, § 6º, da Constituição Federal 146

Dano moral - Configuração - Responsabilidade objetiva do Estado - Policial - Disparo de arma de fogo - Vítima do assalto atingida - Morte - Filho maior e solteiro - Genitora - Dependência econômica - Ausência de comprovação - Pensão mensal indevida - Honorários de sucumbência - Fixação - Critérios 213

Dano moral - Dano material - Transporte coletivo - Responsabilidade objetiva - Caracterização - Acidente com passageiro - Culpa exclusiva da vítima - Ausência de prova - Fixação do *quantum* - Voto vencido 181

Dano moral - Estudante - Transporte público escolar - Proibição de adentrar no veículo por não portar documento exigido - Exigência administrativa ilegal - Violação à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente - Responsabilidade civil do Estado - Administração - Direito de regresso - Causador do dano - Agente público - Legitimidade passiva 196

Dano moral - Fornecedor - Responsabilidade civil objetiva - Explosão de vasilhame - Manipulação - Riscos - Ausência de informação 188

Dano moral - Hospital - Queimadura em paciente - Responsabilidade civil objetiva - Prova do dano e nexo causal - Valor - Arbitramento - Razoabilidade e proporcionalidade 83

Dano moral - Invenção - Obra intelectual - Lei nº 9.610/98 - Contrafação - Prova - Existência - Concorrência desleal - Valor indenizatório - Critério de fixação 243

Dano moral - Não cabimento - Tabelião - Notificação de protesto por edital - Serviços notariais e de registro - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Art. 15 da Lei nº 9492/97 - Hipótese legal 87

Dano moral - Ofensa praticada em programa radiofônico - Art. 56 da Lei de Imprensa - Não recepção pela Constituição Federal de 1988 - Decadência afastada - *Error in judicando* - Cassação 191

Dano moral - Policial militar - Exclusão da corporação - Ato administrativo - Dano - Nexo de causalidade - Ausência de prova - Responsabilidade civil do Estado - Não caracterização 259

Dano moral - Policial militar - Exclusão da corporação - Ato administrativo - Dano - Nexo de causalidade - Ausência de prova - Responsabilidade civil do Estado - Não caracterização 259

Dano moral - Procuração pública falsa lavrada em cartório extrajudicial - Ato de notário - Responsabilidade civil do Estado 177

Dano moral - Queda de árvore em via pública - Ferimentos em transeunte - Poda realizada por terceiros - Município - Conduta omissiva - Não caracterização - Empresa executora do serviço - Sinalização deficiente - Prepostos - Imprudência e negligência - Comprovação - Responsabilidade civil - Caracterização 222

Dano moral - Transporte coletivo - Transportador - Responsabilidade civil objetiva - Excludente - Caso fortuito - Prova - Ausência - Fixação do valor - Razoabilidade 209

Danos morais e materiais - Acidente de trânsito - Concessionária de serviço público - Nexo causal - Não configuração - Falta de habilitação para dirigir veículo - Culpa exclusiva da vítima - Dever de indenizar - Inexistência 235

Erro médico - Princípio do livre convencimento motivado - Art. 131 do Código Civil (STJ) 333

Festa em clube - Agressão física - Perda da visão - Ato praticado por terceiro - Denunciação da lide - Prestação de serviços - Falha - Não ocorrência - Responsabilidade do clube afastada - Agressor - Dever de indenizar - Testemunha contraditada - "Ex-cunhado" - Depoimento - Agravo retido - Improvimento 160

Lesões físicas - Acidente no interior de estabelecimento de ensino - Dever de guarda e vigilância - Omissão - Culpa *in vigilando* - Entidade privada prestadora de serviço público - Danos morais - Reparação devida 264

Não cabimento - Atropelamento - Condutor inabilitado - Culpa exclusiva da vítima - Dever de indenizar - Inexistência 112

Não cabimento - Dano moral - Aspecto objetivo - Injusto sofrimento - Não ocorrência - Descaracterização do dano - Comportamento errôneo da parte 82

Não cabimento - Dano moral - Dano material - Ausência de comprovação - Concurso público - Deficiência física - Portador de visão monocular - Direito às vagas reservadas - Lei Estadual nº 11.867/95 169

Perdas e danos - Obrigação de fazer - Pedido cominatório - Cumulação de ações - Construção - Defeitos na edificação - Imperfeições - Apresentação dentro do prazo quinquenal de garantia - Responsabilidade da construtora - Art. 618 do Código Civil 186

Perdas e danos - Reexame necessário - Não conhecimento - STJ - Jurisprudência - Servidor público - Remuneração - Revisão geral anual - Impossibilidade - Art. 37, X, da CF - Regulamentação - Ausência - Eficácia limitada 251

Seguradora - Corretor - Prêmio - Pagamento parcial - Repasse - Ausência - Responsabilidade objetiva e solidária - Dano material - Dever de indenizar - Dano moral - Não configuração 239

Seguro - Acidente pessoal - Invalidez permanente - Contrato - Cobertura - Fraude - Má-fé - Ausência de prova - Seguradora - Dever de indenizar 193

Seguro - Atividade laborativa - Acidente pessoal - Hérnia de disco - Incapacidade para função - Contrato - Interpretação mais favorável ao segurado - Código de Defesa do Consumidor - Invalidez permanente - Ônus da prova 122

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO
Crime de desobediência - Ordem de agente de trânsito - Sanção administrativa 286

INTERDIÇÃO
Prova - Perícia médica - Necessidade 221

INTERESSE DE AGIR
Ação anulatória - Assembleia geral extraordinária - Cargo eletivo - Recondução 92

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
Cumulação com alimentos - Direitos indisponíveis - Efeitos da revelia - Inaplicabilidade - Provas - Conveniência e necessidade - Faculdade do juiz 119

IPTU
Lançamento complementar - Possibilidade - Art. 145, III, c/c o art. 149 do Código Tributário Nacional - Fato gerador - Padrão de acabamento - Mudança não constatada na época da ocorrência - Princípio da anterioridade - Observância - Ação anulatória - Repetição de indébito - Cumulação de ações 219

ISS
Bem móvel - Locação - Não incidência - Lei Complementar nº 116/03 - Lista elencada - Taxatividade - Taxa Selic - Aplicabilidade 273

Incidência - Profissional liberal - Advogado - Art. 9º do Decreto-lei nº 406/68 - Aplicabilidade - Mandado de segurança - Concessão da ordem 269

J

JUROS MORATÓRIOS
Incidência - Citação - Termo inicial 150

L

LEGÍTIMA DEFESA
Dúvida sobre a ocorrência - Homicídio qualificado tentado - Indícios de autoria - Materialidade - Valoração da prova - Absolvição do réu - Impossibilidade - Pronúncia - Necessidade - Decisão - Competência do Tribunal do Júri . . .300

LEI
nº 9.279, de 1996 - Art. 125 - Marca notória ou de alto renome - Proteção especial - Declaração e verificação da notoriedade - Competência do INPI - Requerimento ou concessão da proteção - Ausência de prova - Marca registrada por terceiro - Pedido de invalidação - Improcedência 157

nº 9.307, de 1996 (Lei de Arbitragem) - Sentença arbitral - Ação anulatória - Ausência das situações elencadas no art. 32 - Recurso próprio - Prova pericial - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Não ocorrência 164

nº 9.455/97 - Tortura - Crime próprio - Agente público - Inconstitucionalidade 283

nº 10.520/2002, art. 7º - Pregão presencial 238

nº 11.804, de 2008 - Alimentos gravídicos - Ação ajuizada anteriormente à sua vigência - Gravidez - Situação atual - Retroatividade da lei nova - Possibilidade de aplicação - Formalismo jurídico - Instrumentalidade das formas - Celeridade processual 94

LEI ESTADUAL
nº 869, de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais) - Art. 79, § 1º - Não recepção pela CF/88 - Servidor público - Policial civil - Processo-crime em curso - Trânsito em julgado - Ausência - Remuneração - Redução - Impossibilidade 131

nº 869, de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais) - Servidor público - Estudante - Prova escolar - Abono de faltas - Restrição - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Lei nº 869/52 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais - Princípio da hierarquia das leis - Aplicabilidade 262

LEI MARIA DA PENHA
Lei especial - Crime de ameaça - Ação penal pública condicionada à representação - Vítima - Retratação anterior ao recebimento da denúncia - Admissibilidade 324

LEI ORGÂNICA MUNICIPAL
Ação direta de inconstitucionalidade - Previsão de infração político-administrativa - Correspondência com a Constituição Estadual - Princípio da simetria - Não observância - Procedência do pedido 61

LESÃO CORPORAL
Perda de dente - Deformidade permanente - Não ocorrência - Lesão corporal gravísssima - Desclassificação do crime para lesão corporal grave - Possibilidade - Legítima defesa - Não caracterização - Confissão espontânea - Fixação da pena - Mínimo legal - Redução - Impossibilidade - Maus antecedentes - Regime semiaberto - *Sursis* - Não cabimento - Substituição da pena - Restritiva de direitos - Inadmissibilidade 319

LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE
Desclassificação para lesão corporal simples - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Prova - Absolvição - Inadmissibilidade - Circunstância atenuante - Relevante valor social - Não caracterização - Pena privativa de liberdade - Substituição - Inaplicabilidade 301

LICITAÇÃO
Pregão - Procedimento administrativo punitivo - Regularidade e legitimidade - Ampla defesa - Contraditório - Garantias constitucionais - Sanção administrativa - Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública - Ato administrativo - Anulação - Improcedência 133

LOCAÇÃO
Despejo - Cobrança - Cumulação de ações - Benfeitorias no imóvel - Indenização - Cláusula contratual de exoneração do locador - Produção de prova pericial - Expedição de ofício à Receita Federal - Comprovação da propriedade do imóvel - Desnecessidade 199

Direito pessoal - Despejo por denúncia vazia - Citação do cônjuge - Desnecessidade - Litisconsórcio necessário - Inexistência - Venda do imóvel - Direito de preferência - Discussão - Apelação - Via processual inadequada 89

M

MANDADO DE SEGURANÇA
Concessão - Policial civil - Processo-crime em curso - Trânsito em julgado - Ausência - Remuneração - Redução - Impossibilidade - Art. 79, § 1º, da Lei Estadual nº 869/52 - Não recepção pela CF/88 131

Concessão - Profissional liberal - Advogado - ISS - Incidência - Art. 9º do Decreto-lei nº 406/68 - Aplicabilidade . . .269

Pregão presencial - Punição sofrida perante entidade federal - Receio de inabilitação em outro ente federado - Não vinculação - Art. 7º da Lei nº 10.520/2002 - Exegese - Pena restrita ao ente responsável por sua aplicação - Direito líquido e certo - Ofensa 238

Servidor público - Estudante - Prova escolar - Abono de faltas - Restrição - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Lei nº 869/52 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais - Princípio da hierarquia das leis - Aplicabilidade 262

MARCA NOTÓRIA
Alto renome - Proteção especial - Art. 125 da Lei nº 9.279/96 - Declaração e verificação da notoriedade - Competência do INPI - Requerimento ou concessão da proteção - Ausência de prova - Marca registrada por terceiro - Pedido de invalidação - Improcedência 157

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA
Internação provisória - Imposição em sentença condenatória - Ausência de ilegalidade - *Habeas corpus* - Inadmissibilidade 296

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO
Lembranças jurisprudenciais (Um depoimento pessoal) - Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza 27

Nota biográfica - Desembargador Edelberto Lellis Santiago (1938-2009) 21

Nota histórica - A Revista *Jurisprudência Mineira* - 60 anos 22

MENOR
Ato infracional análogo a homicídio qualificado - Sentença condenatória - Medida socioeducativa - Internação provisória - Ausência de ilegalidade - *Habeas corpus* - Inadmissibilidade 296

MILITAR
Aposentaria - Proventos - Contribuição previdenciária - Art. 40, § 12, e 195, II, da Constituição Federal - Período posterior à Emenda Constitucional 41/03 - Regime geral de previdência social - Incidência sobre o que ultrapassar o teto - Princípio da solidariedade social - Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da previdência - Desconto indevido - Suspensão - Assistência médica - Prestação do serviço após a suspensão da contribuição 127

MORA
Configuração - Revisão de cláusula contratual - Adequação dos valores 139

MOTIVO TORPE
Ciúme - Qualificadora - Não configuração . . . . . .281 e 299

MOVIMENTO "SEM-TERRA"
Reintegração de posse - Inépcia da inicial - Citação de todos - Desnecessidade - Função social da propriedade - Posse e esbulho - Comprovação 254

MULTA
Art. 475-J do CPC - Termo inicial - Trânsito em julgado da sentença - Intimação prévia do devedor - Desnecessidade 236

Fixação da pena - Princípio da proporcionalidade 292

Obrigação de fazer - Execução - Sentença condenatória - Imposição de *astreinte* - Intimação pessoal - Obrigatoriedade - Inobservância - Valor elevado da multa - Desconstituição do julgado 270

N

NEGÓCIO JURÍDICO
Ausência de dolo, fraude ou simulação - Venda de imóvel a terceiro de boa-fé - União estável não declarada - Outorga uxória - Inexistência - Ato jurídico - Validade - Ação declaratória de nulidade - Improcedência do pedido 152

Validade - Alienação de imóvel - Venda de descendente a ascendente - Possibilidade - Ação de nulidade - Improcedência do pedido 232

NOTA BIOGRÁFICA
Desembargador Edelberto Lellis Santiago (1938-2009) - Memória do Judiciário Mineiro 21

NOTA HISTÓRICA
A Revista *Jurisprudência Mineira* - 60 anos - Memória do Judiciário Mineiro 22

NOTÁRIO - Vide: Tabelião

NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA
Ação intentada por possuidor - Proprietário - Venda do imóvel ao executor da obra - Pagamento efetuado - Obra já concluída - Inviabilidade da pretensão - Perdas e danos - Ausência de prova - Indenização - Pedido formulado pelo detentor da posse - Indeferimento 90

O

OBRIGAÇÃO DE FAZER
Cumprimento de sentença - Obrigação de fazer - *Astreinte* - Incidência - Executado - Intimação prévia e pessoal - Necessidade 75

Execução - Sentença condenatória - Imposição de *astreinte* - Intimação pessoal - Obrigatoriedade - Inobservância - Valor elevado da multa - Desconstituição do julgado 270

Pedido cominatório - Indenização - Perdas e danos - Cumulação de ações - Construção - Defeitos na edificação - Imperfeições - Apresentação dentro do prazo quinquenal de garantia - Responsabilidade da construtora - Art. 618 do Código Civil 186

P

PATERNIDADE - Vide: Investigação de paternidade e ação negatória de paternidade

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO
Contribuição previdenciária - Desconto dos empregados - Ausência de repasse à seguridade social - Créditos - Direito de preferência 257

PENA
Fixação - Mínimo legal - Circunstâncias atenuantes - Redução - Inadmissibilidade 290

Fixação - Mínimo legal - Redução - Impossibilidade - Maus antecedentes - Regime semiaberto - *Sursis* - Não cabimento - Substituição da pena - Restritiva de direitos - Inadmissibilidade 319

Pena restritiva de direitos - Substituição - Pena de multa - Impossibilidade - Porte ilegal de arma de fogo 304

PENA DE MULTA
Execução - Ministério Público - Legitimidade - Competência - Juízo da execução penal 295

Isenção - Réu pobre - Inadmissibilidade 317

PENHORA
Realização antes da partilha no rosto dos autos de inventário - Bem certo e determinado - Impossibilidade - Embargos de terceiro 218

PETIÇÃO INICIAL
Inépcia - Não ocorrência - Documentos indispensáveis à propositura da ação - Juntada 142

POLICIAL MILITAR
Exclusão da corporação - Ato administrativo - Dano moral - Nexo de causalidade - Ausência de prova - Responsabilidade civil do Estado - Não caracterização - Indenização - Descabimento 259

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO
Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Laudo - Perito não oficial - Validade - Pena restritiva de direitos - Substituição - Pena de multa - Impossibilidade 304

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO
Ausência de munição - Irrelevância - Perigo abstrato - Tipicidade - Pena de multa - Fixação - Princípio da proporcionalidade - Confissão espontânea - Reincidência - Compensação - Circunstâncias judiciais - *Quantum* inferior a quatro anos - Regime semiaberto - Possibilidade 292

POSSESSÓRIA
Reintegração de posse - Via processual adequada - Requisitos do art. 927 do CPC - Questão de mérito - Nulidade da sentença - Julgamento da lide - Prova testemunhal necessária - Ausência - Prova da posse anterior e do esbulho - Verificação - Cassação da sentença 78

Servidão de passagem - Perdas e danos - Cumulação de ações - Turbação - Inexistência - Mera comodidade - Improcedência 63

PREÇO VIL
Não configuração - 60% do valor atualizado da avaliação 97

PREGÃO PRESENCIAL
Punição sofrida perante entidade federal - Receio de inabilitação em outro ente federado - Não vinculação - Art. 7º da Lei nº 10.520/2002 - Exegese - Pena restrita ao ente responsável por sua aplicação - Direito líquido e certo - Ofensa - Mandado de segurança 238

PRINCÍPIO DA SIMETRIA
Ação direta de inconstitucionalidade - Lei orgânica municipal - Previsão de infração político-administrativa - Correspondência com a Constituição Estadual - Não observância - Procedência do pedido 61

PRISÃO CIVIL
Revogação - Pensão alimentícia - Inadimplemento - Risco de desemprego - Impossibilidade de exercício de atividade lucrativa - Conciliação - Nova audiência - Possibilidade 124

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
Encerramento da instrução - Nomeação de defensor dativo posteriormente - Cerceamento de defesa - Configuração - Nulidade - Servidor público - Demissão - Anulação 110

PROGRESSÃO DE REGIME
Exame criminológico - Determinação - Possibilidade 299

PROVA
Instrução processual - Documentos não novos - Juntada - Possibilidade 142

PROVA PERICIAL
Porte ilegal de arma de fogo - Laudo - Perito não oficial - Validade 304

Q

QUALIFICADORA
Ciúme - Motivo torpe - Não configuração - Sentença de pronúncia - Exclusão 281

R

REGIME SEMIABERTO
Circunstâncias judiciais - *Quantum* inferior a quatro anos - Possibilidade 292

REGISTRO CIVIL
Retificação - Nome - Patronímico do marido - Acréscimo posterior ao casamento - Motivos relevantes - Ausência - Impossibilidade - Art. 57 da Lei nº 6.015/73 81

REINTEGRAÇÃO DE POSSE
Autor - Posse pretérita - Demonstração - Ajuizamento da ação - Requisito - Configuração - Comodato verbal - Notificação - Não desocupação do imóvel pelo comodatário - Esbulho - Caracterização - Cônjuge sobrevivente - Aquisição da propriedade plena - Rescisão contratual - Possibilidade - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade 117

Movimento "sem-terra" - Inépcia da inicial - Citação de todos - Desnecessidade - Função social da propriedade - Posse e esbulho - Comprovação 254

Proteção possessória - Via processual adequada - Requisitos do art. 927 do CPC - Questão de mérito - Nulidade da sentença - Julgamento da lide - Prova testemunhal necessária - Ausência - Prova da posse anterior e do esbulho - Verificação - Cassação da sentença 78

REPETIÇÃO DE INDÉBITO
Ação anulatória - Cumulação de ações - IPTU - Lançamento complementar - Possibilidade - Art. 145, III, c/c o art. 149 do Código Tributário Nacional - Fato gerador - Padrão de acabamento - Mudança não constatada na época da ocorrência - Princípio da anterioridade - Observância 219

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL
Comissão - Diferenças - Prova pericial - Valor total devido - Apuração - Liquidação de sentença - Juros de mora - Incidência - Citação - Termo inicial 150

RESPONSABILIDADE CIVIL
Erro médico - Princípio do livre convencimento motivado - Art. 131 do Código Civil (STJ) 333

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO
Ato de notário - Lavratura de procuração pública falsa - Dano moral - Indenização 177

Estudante - Transporte público escolar - Proibição de adentrar no veículo por não portar documento exigido - Exigência administrativa ilegal - Violação à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente - Dano moral - Indenização - Administração - Direito de regresso - Causador do dano - Agente público - Legitimidade passiva . . .196

Policial - Disparo de arma de fogo - Vítima do assalto atingida - Morte - Filho maior e solteiro - Dano moral - Configuração - Genitora - Dependência econômica - Ausência de comprovação - Pensão mensal indevida - Honorários de sucumbência - Indenização - Fixação - Critérios 213

Prisão preventiva - Ilegalidade - Mácula à dignidade da pessoa humana - Erro judiciário - Comprovação - Dano moral - Configuração - Indenização - Valor - Critério de fixação - Majoração - Arts. 5º, LXXV, e 37, § 6º, da Constituição Federal 146

ROUBO IMPRÓPRIO
Desclassificação do crime - Furto e ameaça - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação - Réu pobre - Pena de multa - Isenção - Inadmissibilidade 317

ROUBO MAJORADO
Desclassificação para favorecimento real - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Mínimo legal - Circunstâncias atenuantes - Redução - Inadmissibilidade 290

S

SEGURO
Acidente pessoal - Acidente de trabalho - Atividade laborativa - Hérnia de disco - Incapacidade para função - Indenização - Contrato - Interpretação mais favorável ao segurado - Código de Defesa do Consumidor - Invalidez permanente - Ônus da prova 122

Acidente pessoal - Invalidez permanente - Contrato - Cobertura - Fraude - Má-fé - Ausência de prova - Seguradora - Indenização 193

Cédula de produto rural - Garantia por contrato de seguro - Cessão de direito - Banco cedente/avalista - Segurado - Pagamento da dívida - Seguradora - Pagamento da cobertura securitária - Direitos e ações do segurado - Sub-rogação 66

Seguradora - Corretor - Prêmio - Pagamento parcial - Repasse - Ausência - Responsabilidade objetiva e solidária - Dano material - Configuração - Indenização - Dano moral - Não configuração 239

SEMI-IMPUTABILIDADE
Redução da pena - Estelionato - Cheque sem fundos - Dolo - Tipicidade - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação 305

SENTENÇA ARBITRAL
Ação anulatória - Ausência das situações elencadas no art. 32 da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) - Prova pericial - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Não ocorrência 164

SENTENÇA DE PRONÚNCIA
Homicídio qualificado tentado - Indícios de autoria - Materialidade - Valoração da prova - Legitima defesa - Dúvida sobre a ocorrência - Absolvição sumária - Impossibilidade - Pronúncia - Necessidade - Decisão - Competência do Tribunal do Júri 300

Qualificadora manifestamente improcedente - Exclusão 315

SERVIDÃO ADMINISTRATIVA
Energia elétrica - Linha de transmissão - Urgência - Interesse público - Imissão na posse - Deferimento da medida - Suspensão até realização de prova pericial - Impossibilidade 72

SERVIDÃO DE PASSAGEM
Perdas e danos - Cumulação de ações - Turbação - Inexistência - Mera comodidade - Improcedência 63

SERVIDOR PÚBLICO
Demissão - Anulação - Processo administrativo disciplinar - Encerramento da instrução - Nomeação de defensor dativo posteriormente - Cerceamento de defesa - Configuração - Nulidade 110

Estudante - Prova escolar - Abono de faltas - Restrição - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Lei nº 869/52 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais - Princípio da hierarquia das leis - Aplicabilidade - Mandado de segurança 262

Processo-crime em curso - Trânsito em julgado - Ausência - Remuneração - Redução - Impossibilidade - Art. 79, § 1º, da Lei Estadual nº 869/52 - Não recepção pela CF/88 131

Remuneração - Revisão geral anual - Impossibilidade - Art. 37, X, da CF - Regulamentação - Ausência - Eficácia limitada - Indenização - Perdas e danos - Reexame necessário - Não conhecimento - STJ - Jurisprudência 251

Vencimentos - Proventos - Vantagem pecuniária - Gratificação devida aos funcionários em atividade - Extensão aos aposentados - Rediscussão do caráter geral sob fundamento de ofensa ao art. 40, § 8º, da CF - Impossibilidade - Questão infraconstitucional - Recurso extraordinário - Inadmissibilidade - Recurso não conhecido - Aplicação das Súmulas 279, 280 e 636 (STF) 342

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL
Causa cível em que a União não figura como parte ou interveniente - Processo e julgamento - Competência da Justiça comum - Art. 59 da Lei Complementar Estadual nº 59/2001 - Não incidência - Vara da Fazenda Pública e Autarquias - Incompetência absoluta - Juízo competente - Vara Cível - Sentença - Anulação - Redistribuição do processo 233

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL
Impossibilidade - Busca e apreensão - Alienação fiduciária em garantia - Cessão de crédito - Eficácia - Notificação do devedor - Ausência de prova - Substituição processual 155

SUBTRAÇÃO OU INUTILIZAÇÃO DE LIVRO OU DOCUMENTO
Tipicidade - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Suspensão dos direitos políticos - Possibilidade 307

SUCUMBÊNCIA
Honorários advocatícios - Fixação - Observância do § 4º do art. 20 do CPC - Redução - Impossibilidade 99

SUPENSÃO DO PROCESSO
Configuração - Sentença de mérito - Dependência de julgamento de outra causa - Art. 265, IV, a, do CPC - Prejudicialidade 180

T

TABELIÃO
Improbidade administrativa - Processo administrativo disciplinar - Sanções administrativas - Acumulação - Possibilidade - Art. 12 da Lei nº 8.429/92 - Aplicabilidade - Taxa de fiscalização judiciária - Ausência de repasse à Fazenda Estadual - Dolo - Enriquecimento ilícito - Dano ao erário - Prova - Princípio da legalidade - Princípio da moralidade - Violação - Ação civil pública - Recurso - Improvimento 226

Lavratura de procuração pública falsa - Dano moral - Responsabilidade civil do Estado - Indenização 177

Notificação de protesto por edital - Serviços notariais e de registro - Dano moral - Indenização - Não cabimento - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Art. 15 da Lei nº 9492/97 - Hipótese legal 87

TAXA SELIC
Aplicabilidade - ISS - Bem móvel - Locação - Não incidência - Lei Complementar nº 116/03 - Lista elencada - Taxatividade 273

TORTURA
Lei nº 9.455/97 - Crime próprio - Agente público - Inconstitucionalidade - Desclassificação do crime - Sequestro - Lesão corporal - Condenação 283

TRANSPORTADOR
Responsabilidade civil objetiva - Excludente - Caso fortuito - Prova - Ausência - Dano moral - Indenização - Fixação do valor - Razoabilidade 209

TRIBUNAL DO JÚRI
Decisão contrária à prova dos autos - Não ocorrência - Homicídio - Crime tentado - Desclassificação para lesão corporal grave - Apelação - Improvimento 278

Réu pronunciado - Julgamento - Excesso de prazo - Não ocorrência - *Habeas corpus* - Denegação da ordem - Art. 418 do CPP - Desaforamento - Possibilidade 298

U

UNIÃO ESTÁVEL
Não declaração - Bem imóvel - Venda a terceiro de boa-fé - Outorga uxória - Inexistência - Ato jurídico - Validade - Ação declaratória de nulidade - Improcedência do pedido 152

V

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Lei Maria da Penha - Lei especial - Crime de ameaça - Ação penal pública condicionada à representação - Vítima - Retratação anterior ao recebimento da denúncia - Admissibilidade 324