rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 1

Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça
do Estado de Minas Gerais

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

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

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

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 58	v. 181	p. 1-621	abr./jun. 2007

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 2

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Antônio Hélio Silva

Superintendente Adjunto
Des. Geraldo Augusto de Almeida

Diretor Executivo de Desenvolvimento de Pessoas
Leonardo Lúcio Machado

Diretora Executiva de Gestão da Informação Documental
Silvana Couto Lessa

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Daysilane Alvarenga Ribeiro

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

Alexandre Silva Habib
Cecília Maria Alves Costa
João Dias de Ávila
Luiz Gustavo Villas Boas Givisiez
Maria Célia da Silveira
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte
Marisa Martins Ferreira
Mauro Teles Cardoso
Myriam Goulart de Oliveira
Sávio Capanema Ferreira de Melo
Tadeu Rodrigo Ribeiro
Vera Lúcia Camilo Guimarães
Wolney da Cunha Soares

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

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

Fotos da Capa:

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

Projeto Gráfico e Diagramação: ASCOM/CECOV
Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/COBIB

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

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2007
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

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 3

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente
Desembargador ORLANDO ADÃO CARVALHO

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador ISALINO ROMUALDO DA SILVA LISBÔA

Segundo Vice-Presidente
Desembargador ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Terceiro Vice-Presidente
Desembargador MÁRIO LÚCIO CARREIRA MACHADO

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador JOSÉ FRANCISCO BUENO

Tribunal Pleno
Desembargadores
(por ordem de antiguidade em 01.06.2007)

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

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 4

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

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 5

Composição de Câmaras e Grupos - Dias de Sessão

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

Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis
1ª quarta-feira do mês (Primeira e Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. Francisco Figueiredo)
- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

Segundo Grupo de Câmaras Cíveis
1ª quarta-feira do mês (Terceira e Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Nilo Schalcher Ventura)
- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis
3ª quarta-feira do mês (Quinta e Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. Dorival Guimarães Pereira)
- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

Quarto Grupo de Câmaras Cíveis
3ª quarta-feira do mês (Sétima e Oitava Câmaras, sob a Presidência do Des. Roney Oliveira)
- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 6

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

Quinto Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

Sexto Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 7

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	**Unias Silva**
Luciano Pinto	José de **Dom Viçoso Rodrigues**
Márcia De Paoli Balbino	**Elpídio Donizetti** Nunes
Antônio **Lucas Pereira**	**Flávio Maia Viani**

Nono Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

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

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

** Presidente da Câmara*

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

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 8

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

Desembargadores

Orlando Adão **Carvalho**
Presidente
Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa**
Primeiro Vice-Presidente
Antônio Hélio Silva
Segundo Vice-Presidente
Mário Lúcio **Carreira Machado**
Terceiro Vice-Presidente

José Francisco Bueno
Corregedor-Geral de Justiça
Eduardo Guimarães **Andrade**
Antônio Carlos Cruvinel
Fernando Bráulio Ribeiro Terra
Edivaldo George dos Santos
Silas Vieira

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

Desembargadores

Francisco de Assis **Figueiredo**
Edelberto Lellis **Santiago**
Orlando Adão **Carvalho**
Presidente
Antônio Hélio Silva
Segundo Vice-Presidente
Cláudio Renato dos Santos **Costa**
Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa**
Primeiro Vice-Presidente
Sérgio Antônio de **Resende**
Roney Oliveira
Nilo **Schalcher Ventura**
Presidente do TRE
Reynaldo Ximenes Carneiro
Joaquim **Herculano Rodrigues**
Vice-Presidente e Corregedor do TRE
Mário Lúcio **Carreira Machado**
Terceiro Vice-Presidente

José Tarcízio de **Almeida Melo**
José Antonino Baía Borges
José Francisco Bueno
Corregedor-Geral de Justiça
Célio César Paduani
Vice-Corregedor-Geral de Justiça
Hyparco de Vasconcellos **Immesi**
Kildare Gonçalves Carvalho
Dorival Guimarães Pereira
Jarbas de Carvalho **Ladeira** Filho
José Altivo **Brandão Teixeira**
José Domingues Ferreira Esteves
Geraldo José **Duarte de Paula**
Alvimar de Ávila
Antônio Marcos **Alvim Soares**

Procurador-Geral de Justiça: Dr. Jarbas Soares Júnior

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 9

Comissão de Divulgação e Jurisprudência
(em 26.06.2007)

Desembargadores

Antônio Hélio Silva - Presidente

Kildare Gonçalves Carvalho - 1ª, 2ª e 3ª Cíveis

José Carlos Moreira Diniz - 4ª, 5ª e 6ª Cíveis

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

Tarcísio Martins Costa - 9ª, 10ª e 11ª Cíveis

Francisco Kupidlowski - 12ª, 13ª, 14ª e 15ª Cíveis

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

Beatriz Pinheiro Caires - 1ª, 2ª e 3ª Criminais

Maria Celeste Porto Teixeira - 4ª e 5ª Criminais

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 10

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 11

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador José Américo Macedo - Nota Biográfica 15

A repercussão da promulgação da Lei Áurea no Tribunal da Relação de Ouro Preto - Nota Histórica 17

DOUTRINA

Dos emolumentos do protesto e as microempresas 19
MOACYR BORGES DE CASTRO FIGUEIRÔA

As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso 30
RENATO CÉSAR JARDIM

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Corte Superior 37

Jurisprudência Cível 49

Jurisprudência Criminal 419

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 531

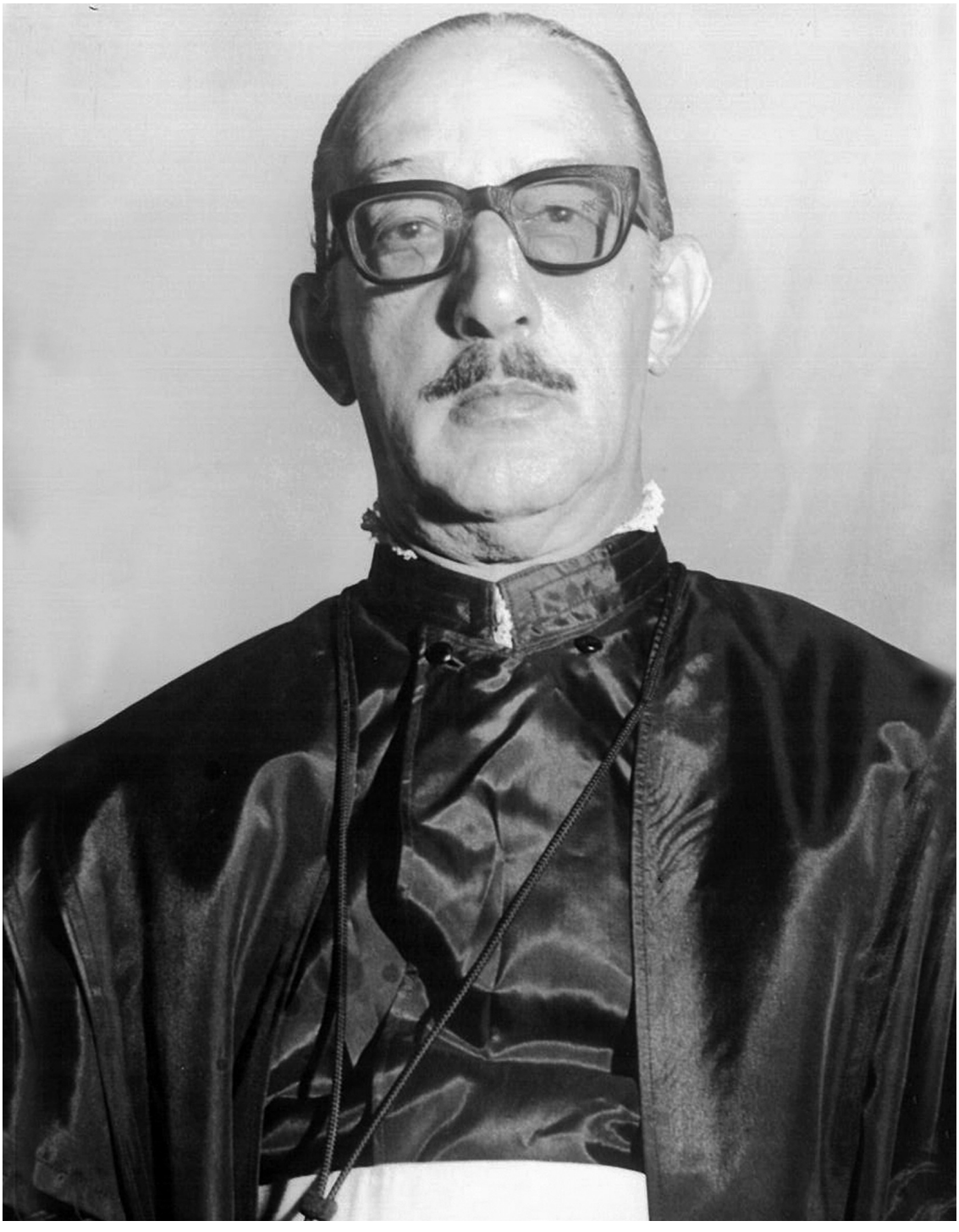
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 551

ÍNDICE NUMÉRICO 565

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO 569

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 12

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 13



Desembargador JOSÉ AMÉRICO MACEDO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 14

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 15

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Nota Biográfica

DESEMBARGADOR JOSÉ AMÉRICO MACEDO *

Centenário de Nascimento

José Américo Macedo nasceu em 26 de abril de 1906, na cidade de Caxambu, Minas Gerais. Filho de Adelina Silveira de Macedo e de Américo de Macedo, engenheiro que fez parte da comissão construtora da cidade de Belo Horizonte.

Realizou os estudos secundários no Ginásio Mineiro de Belo Horizonte. Bacharelou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais em 25 de dezembro de 1929.

No início de sua carreira jurídica, foi promotor de justiça, atuando em Sete Lagoas e Mariana. Aprovado em concurso público para juiz de direito, em 6 de maio de 1936, foi nomeado para a Comarca de Bocaiúva, sendo na época o mais novo Juiz de Direito do Estado. A pedido, foi removido para Alvinópolis em dezembro de 1939. Promovido por merecimento, transferiu-se para Ituiutaba (1941) e depois, sucessivamente, para as Comarcas de Ouro Fino (1949) e Ponte Nova (1952). Em 1953, assumiu como Juiz de Menores em Belo Horizonte, onde ocupou também a Primeira Vara Criminal.

No governo do Desembargador Nísio Batista, como Interventor do Estado, foi designado por ele para Prefeito de Ituiutaba.

Em 24 de setembro de 1960, foi promovido por antiguidade ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para atuar na 2ª Câmara Criminal. Integrou a comissão encarregada de elaborar o novo estatuto da Associação dos Magistrados Mineiros em 1972 e a comissão Examinadora do Concurso para provimento de cargo de Juiz de Direito de 1973.

Foi Presidente do TRE, no biênio 1967-1968, quando construiu a atual sede.

Eleito Corregedor de Justiça por unanimidade em Sessão Extraordinária do Tribunal Pleno, em fevereiro de 1975, cargo que ocupava ao aposentar-se, compulsoriamente, em maio de 1976, após ter passado com reconhecido brilho por todos os postos da Magistratura mineira.

Além dos serviços prestados à magistratura, dedicou-se às questões de assistência ao menor, sendo autor do anteprojeto de lei que criou o Departamento Social do Menor, hoje Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor. Foi também membro dos Conselhos Estaduais de Saúde e Assistência e de Educação Moral e Cívica, Presidente da Fundação Educacional Caio Martins e Presidente da Sociedade dos Amigos dos Escoteiros.

---

* Autoria: Equipe da Assessoria da Memória do Judiciário Mineiro sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 16

Casado com Gilka Marquez de Andrade Macedo, teve com ela duas filhas, Maritana e Denise, e quatro netos.

Como maior herança, deixou para os descendentes seus princípios de dignidade, honra e lealdade, sua garra para vencer os novos desafios que lhe foram apresentados pela vida e seu caráter brilhante como grande ser humano que foi.

Referências bibliográficas

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Livro de Matrícula de Desembargadores e Juízes de Direito Nº 1. Belo Horizonte, p.132-v.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Arquivo de Provimento de Comarcas da Magistratura de Minas Gerais. Pasta Funcional. Belo Horizonte.
MONTEIRO, Norma de Góis; MINAS GERAIS. Dicionário biográfico de Minas Gerais: período republicano, 1889 / 1991. Belo Horizonte: Alemg: UFMG, Centro de Estudos Mineiros, 1994. 2-v., p. 374 ISBN 858515702X (enc.)

Nota de agradecimento

Agradecemos à família do Desembargador José Américo Macedo pela gentileza em fornecer-nos informações que auxiliaram a elaboração deste trabalho.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 17

Nota Histórica

A repercussão da promulgação da Lei Áurea no Tribunal da Relação de Ouro Preto*

A Memória do Judiciário Mineiro abriga, em seu acervo, livros muito antigos e de grande valor histórico. Vários são da época do Tribunal da Relação de Ouro Preto, período compreendido entre 1874 e 1911. Dentre esses, os Livros de Atas Manuscritas revelam pensamentos e modo de vida de uma época.

Prova disso está na leitura do Livro de Atas referente ao período de 1888 a 1890. A página 25-v. contém o registro de um aparte feito pelo Desembargador João Bráulio Moinhos de Vilhena (1832-1909).

No dia "15 de maio 1888, na Imperial Cidade de Ouro Preto, Capital da Província de Minas Geraes"[1], abre-se mais uma sessão do Tribunal da Relação:

> (...) a hora do custume, presentes os Exmos. Senrs. Desembargadores Conselheiro Francisco Leite da Costa Belém, Presidente do Tribunal, Frederico Augusto Alvares da Silva, José Antonio Alves de Brito, Aurelio A. Pires de Figueiredo Camargo, Julio Accioli de Brito e João Bráulio Moinhos de Vilhena[2].

Em meio à leitura de acórdãos, distribuições, pareceres, despachos, sentenças, o Desembargador João Bráulio faz duas solicitações. A primeira - que se envie um telegrama à Princesa Isabel por ocasião da promulgação da Lei Áurea. E a segunda - que se transmitam votos de pronto restabelecimento ao Imperador D. Pedro II, que se encontrava em viagem à Europa.

Em relação ao ato da Princesa Isabel (1846-1921), filha do Imperador Dom Pedro II, o Desembargador "pediu a palavra e propôz que se felicitasse a Sua Alteza a Princeza Imperial Regente pela promulgação da lei de 13 de Maio do corrente anno"[3].

Ele se referia à Lei Áurea, que aboliu a escravidão no Brasil. Registre-se que, na época, 95% dos afrodescendentes já eram livres ou libertos. Praticamente, a princesa formalizou algo que já ocorria na sociedade brasileira.

A abolição já era reivindicada desde o período colonial, particularmente na Conjuração Baiana (1798), quando se defendia o fim do trabalho escravo. Contudo as discussões estenderam-se pelo período do Império, atingindo maior repercussão a partir de 1850, com a extinção do tráfico negreiro que ocorre sob pressão da Inglaterra.

---

* Autoria: Equipe da Assessoria da Memória do Judiciário Mineiro sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente.

1 Livro de Ata do Tribunal da Relação de Ouro Preto. 1888-1890, f. 25-v. Arquivos da Memória do Judiciário Mineiro. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG.

2 Livro de Ata do Tribunal da Relação de Ouro Preto. 1888-1890, f. 25-v. Arquivos da Memória do Judiciário Mineiro. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG.

3 Livro de Ata do Tribunal da Relação de Ouro Preto. 1888-1890, f. 25-v. Arquivos da Memória do Judiciário Mineiro. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 18

Intelectuais, artistas, políticos, advogados, jornalistas, estudantes, escravos, libertos, empregados públicos e operários compunham um movimento que defendia a abolição mediante idéias e ações como, por exemplo, arrecadação de fundos para pagar cartas de alforria.

Em 1871, na primeira viagem de D. Pedro II à Europa, a Princesa Isabel assume a Regência. Nesse período, no dia 28 de setembro, foi declarada a Lei do Ventre-Livre, tornando livres os filhos de escravos que nascessem após a promulgação da lei. Os negros com idade superior a 60 anos também foram beneficiados com a Lei Saraiva-Cotegipe, conhecida como Lei dos Sexagenários, aprovada em 1885.

Finalmente, em 13 de maio de 1888, data escolhida por ser aniversário de seu bisavô Dom João VI, a Princesa Isabel assina a Lei nº 3.353, intitulada de Lei Áurea, extinguindo a escravidão no Brasil e declarando a total liberdade dos negros. Sua assinatura foi em decorrência de pressões: o movimento abolicionista já bastante expressivo, as constantes fugas de negros, a recusa do exército em capturar os escravos fugidos e a viabilidade econômica da substituição do trabalho dos escravos pelos imigrantes, que constituíam mão-de-obra abundante e barata.

Tendo assinado duas leis referentes à liberdade dos negros - Lei do Ventre-Livre e Lei Áurea -, a Princesa Isabel foi premiada pela segunda com a comenda Rosa de Ouro pelo Papa Leão XIII.

Ressalte-se que o Brasil foi o último país independente do Ocidente a erradicar a escravatura e que a Lei Áurea não contribuiu para uma melhoria da condição social e econômica dos ex-escravos. Receberam a liberdade, mas não tiveram a garantia de alguns direitos fundamentais, pois faltou uma legislação complementar que vislumbrasse esses aspectos.

A leitura do documento permite afirmar que a promulgação da Lei Áurea teve uma repercussão positiva junto aos desembargadores mineiros. Há que se ressaltar que "a escravidão não estava em conformidade com os anseios de modernização e civilização tão fortemente defendidos pela elite nacional"[4], da qual faziam parte os magistrados daquela Comarca.

Ao mesmo tempo, o mesmo Desembargador felicita a princesa: "pelas melhoras que Sua Majestade o Imperador tem obtido dos seus graves padecimentos"[5].

Esses dois registros, encontrados na página 25-v. do livro *Atas de Ouro Preto – 1888-1890*, reforçam a importância de pesquisar, registrar e divulgar fatos que contribuam para a construção de identidades e funcionem como elo entre passado, presente e futuro.

-:::-

4 Livro de Ata do Tribunal da Relação de Ouro Preto. 1888-1890, f. 25-v. Arquivos da Memória do Judiciário Mineiro. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG.

5 Livro de Ata do Tribunal da Relação de Ouro Preto. 1888-1890, f. 25-v. Arquivos da Memória do Judiciário Mineiro. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG.

Nota histórica "Livro para os quadros da classificação dos escravos que têm que ser libertados pelo fundo de emancipação", elaborado pela Assessoria da MEJUD. *Revista de Jurisprudência*, v. especial, nº 171, ano 55, 2004.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 19

DOUTRINA

Dos emolumentos do protesto e as microempresas

*Moacyr Borges de Castro Figueirôa**

Sumário: 1 Introdução. 2 Requisitos para ser beneficiário do direito. 2.1 Enquadramento administrativo. 3 Natureza jurídica dos emolumentos. 4 Art. 73 da LC 123/06 - Isenção ou não-incidência. 4.1Interpretação e aplicabilidade da norma tributária. 5 Constitucionalidade do art. 73 da LC 123/06. 6 A LC 123/06 frente à lei mineira de emolumentos. 6.1 Atos que são passíveis da aplicação da norma. 7 Lugar e momento da isenção. 8 Suspensão do direito. 9 Conclusão. 10 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Em 1º de julho do corrente ano de 2007, entrou em vigor a Lei Complementar 123/2006, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dando tratamento fiscal diferenciado àquelas empresas que atenderem aos critérios ali especificados e aderirem ao novo modelo legal. Trata-se de matéria de especial importância aos Tabelionatos de Protestos e Outros Documentos de Dívida, uma vez que o instituto inova ao excluir incidência de acréscimos legais aos emolumentos das empresas que se enquadrarem na nova sistemática tributária de que trata o art. 73 do referido estatuto, se não vejamos:

> Art. 73. O protesto de título, quando o devedor for microempresário ou empresa de pequeno porte, é sujeito às seguintes condições:
> I - sobre os emolumentos do tabelião não incidirão quaisquer acréscimos a título de taxas, custas e contribuições para o Estado ou Distrito Federal, carteira de previdência, fundo de custeio de atos gratuitos, fundos especiais do Tribunal de Justiça, bem como de associação de classe, criados ou que venham a ser criados sob qualquer título ou denominação, ressalvada a cobrança do devedor das despesas de correio, condução e publicação de edital para realização da intimação;
> II - para o pagamento do título em cartório, não poderá ser exigido cheque de emissão de estabelecimento bancário, mas, feito o pagamento por meio de cheque, de emissão de estabelecimento bancário ou não, a quitação dada pelo tabelionato de protesto será condicionada à efetiva liquidação do cheque;
> III - o cancelamento do registro de protesto, fundado no pagamento do título, será feito independentemente de declaração de anuência do credor, salvo no caso de impossibilidade de apresentação do original protestado;
> IV - para os fins do disposto no *caput* e nos incisos I, II e III *do caput* deste artigo, o devedor deverá provar sua qualidade de microempresa ou de empresa de pequeno porte perante o tabelionato de protestos de títulos, mediante documento expedido pela Junta Comercial ou pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas, conforme o caso;
> V - quando o pagamento do título ocorrer com cheque sem a devida provisão de fundos, serão automaticamente suspensos pelos cartórios de protesto, pelo prazo de 1 (um) ano, todos os benefícios previstos para o devedor neste artigo, independentemente da lavratura e registro do respectivo protesto.

Como se vê, a Lei Complementar 123/06 determinou que as microempresas e as empresas de pequeno porte, à exceção dos emolumentos devidos ao tabelião, não respondem

* Tabelião de Protesto de Títulos e Documentos de Dívida da Comarca de Divinópolis/MG. Ex-Procurador da Fazenda Nacional e Representante da Advocacia-Geral da União em Minas Gerais.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 20

pelos acréscimos a título de taxas, custas e contribuições para o Estado ou Distrito Federal, carteira de previdência, fundo de custeio de atos gratuitos, fundos especiais do Tribunal de Justiça, bem como de associação de classe, criados ou que venham a ser criados sob qualquer título ou denominação.

2 Requisitos para ser beneficiário do direito

De plano, necessário verificar o critério adotado pelo Estatuto para que uma empresa possa ser considerada microempresa ou empresa de pequeno porte, deferindo-lhe o direito ao benefício ora analisado.

A própria lei complementar delineia, de forma inequívoca, em seu *caput* e incisos I e II do art. 3º, que:

> Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:
> I - no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);
> II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Já o § 9º do supracitado artigo define o ano-calendário como prazo de validade da concessão do benefício, vejamos:

> § 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do *caput* deste artigo fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto por esta Lei Complementar para todos os efeitos legais.

2.1 Enquadramento administrativo

Por sua vez, o Departamento Nacional de Registro do Comércio baixou a Instrução Normativa 103, de 30 de abril de 2007, dispondo sobre o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte, constantes da Lei Complementar nº 123, determinando em seu art. 1º que:

> Art. 1º O enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte pelas Juntas Comerciais será efetuado, conforme o caso, mediante arquivamento de declaração procedida pelo empresário ou sociedade em instrumento específico para essa finalidade.
> Na falta de qualquer outra regulamentação, cabe ao interessado apresentar certidão da Junta Comercial, comprobatória de seu enquadramento aos termos da Lei Complementar 123/2006, cuja validade, se não constar da própria certidão, será a do calendário fiscal.

3 Natureza jurídica dos emolumentos

Outrossim, para que possamos adentrar o mérito da renúncia tributária do art. 73 supratranscrito e estabelecermos seu alcance, faz-se necessário definir a natureza jurídica dos emolumentos.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 21

Seriam os emolumentos taxa ou preço público? Na lição de Kiyoshi Harada (333/2007),

> taxas de polícia e de serviços (art. 145, II, da CF) são tributos vinculados à atuação estatal: exercício do poder de polícia ou prestação de serviço público específico e divisível. Basta que o serviço esteja à disposição do contribuinte para o surgimento da obrigação tributária, por ser compulsória sua utilização.

Alexandre de Morais (770/2006) nos ensina que "taxas são tributos instituídos em razão do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição". Faz a diferenciação entre taxa e preço público, salientando

> que não pode se confundir taxas com preços públicos, pois, conforme apontou o Supremo Tribunal Federal, enquanto as taxas decorrem do poder de polícia do Estado, ou são de serviço, resultante da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, o preço público decorre da exploração, pelo particular, de um bem ou serviço.

Walter Ceneviva disseca a questão, concluindo pela impossibilidade de os emolumentos serem classificados como preço público, ao argumento de que

> emolumentos correspondem, na atividade privada, ao preço do serviço. Na economia clássica, é o montante em dinheiro a ser permutado pelo serviço. Na atividade notarial e de registro, contudo, não há que se falar em preço, pois sua determinação não se equilibra entre as variações da oferta e da procura, segundo critérios aplicados verticalmente pelo Poder Público e, assim, sem qualquer semelhança com as operações de livre mercado.

De fato, os emolumentos são sempre fixados por lei, não admitindo qualquer negociação mercadológica, como, por exemplo, negociações de contratados ao argumento de desequilíbrio financeiro do pactuado inicialmente, o que possibilita ao Poder Público, de forma meramente administrativa, autorizar a majoração do preço anteriormente estipulado.

Na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já com a sua nova composição, os emolumentos foram considerados como taxa, conforme se depreende da decisão na ADI-MC 2129, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, *verbis*:

> Ementa: Constitucional. Lei estadual que destina 3% dos emolumentos percebidos pelos serviços notariais e registrais ao fundo para instalação, desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades dos Juizados Cíveis e Criminais.
> - Os emolumentos têm natureza tributária e caracterizam-se como taxas remuneratórias de serviços públicos (não-incidência do art. 167, inciso IV, da CF).
> - A cobrança de parcela do valor total desses emolumentos para a formação de fundo de desenvolvimento da Justiça local é cabível, uma vez que o Poder Judiciário tem competência constitucional de fiscalizar os atos praticados pelos notários, oficiais de registro e prepostos.
> - Pedido de liminar indeferido.

4 Art. 73 da LC 123/06 - isenção ou não-incidência

A taxa está consagrada nos arts. 145, II, e 150, I, ambos da Constituição da República; portanto alcançados pelo gênero tributo.

Dessa feita, a renúncia tributária de que trata o art. 73 do novo estatuto deve ser entendida como isenção ou caso de não-incidência? Passemos à análise:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 22

Na lição de Hugo de Brito Machado,

> distingue-se a isenção da não-incidência. Isenção é a exclusão, por lei, de parcela da hipótese de incidência, ou suporte fático de norma de tributação, sendo objeto da isenção a parcela que a lei retira dos fatos que realizam a hipótese de incidência da regra de tributação. A não-incidência, diversamente, configura-se em face da própria norma de tributação, sendo seu objeto todos os fatos que não estão abrangidos pela própria definição legal da hipótese de incidência.

Destarte, extrai-se da lição acima que, para haver a isenção, necessária a existência anterior do tributo. A Lei Complementar 123/06 inibe a tributação daquelas contribuições já criadas pelos Estados em suas leis sobre cobrança de emolumentos, ao determinar que não incidirão quaisquer acréscimos a título de taxas, custas e contribuições para o Estado ou Distrito Federal, carteira de previdência, fundo de custeio de atos gratuitos, fundos especiais do Tribunal de Justiça, bem como de associação de classe, criados ou que venham a ser criados sob qualquer título ou denominação, sob o valor a ser pago pela microempresa ou empresa de pequeno porte quando tiver título seu levado a protesto.

A par da lei complementar em apreço usar a expressão “não incidirão” no inciso I do seu art. 73, os tributos sobre os atos de protesto e cancelamento já estão formalmente listados, ou seja, nos termos do referido inciso I, somente os tributos ali especificados, já existentes ou posteriormente criados são objeto da norma em apreço, não restando, pois, dúvida de que estamos diante de uma isenção tributária.

4.1 Interpretação e aplicabilidade da norma tributária

O CTN, em seu art. 111, inciso II, de forma expressa determina que a interpretação da norma tributária que isenta tributo deve ser sempre a literal, não permitindo ampliações em suas condições, verbis:

> Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:
> I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
> II - outorga de isenção;
> III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça assevera de forma reiterada que a legislação tributária que outorga a isenção deve ser interpretada literalmente, valendo a pena, a título ilustrativo, transcrever o acórdão do REsp 819747:

> Processual civil e tributário. Recurso especial. Violação do art. 535, II, do CPC. Inexistência. Imposto de renda. Art. 6º da Lei nº 7.713/88. Servidor público em atividade. Portador de cardiopatia grave. Inexistência de isenção. Art. 111, inciso II, do CTN. Precedentes.
> 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC na hipótese em que todas as questões suscitadas foram examinadas no acórdão embargado.
> 2. A teor do que dispõe o art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88, o benefício isencional do imposto de renda é restrito aos aposentados portadores de moléstia grave.
> 3. Segundo a exegese do art. 111, inciso II, do CTN, a legislação tributária que outorga a isenção deve ser interpretada literalmente.
> 4. Recurso especial parcialmente provido (Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

Tendo em vista que as normas de outorga de isenção estão sujeitas à regra do art. 111 do CTN, a melhor hermenêutica autoriza a concluir que os acréscimos aos emolumentos alcançados pela exceção tributária do inciso I do art. 73 da LC 123/06 não comportam interpretação ampliativa, restringindo-se aos casos ali especificados.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 23

5 Constitucionalidade do art. 73 da LC 123/06

Definida a natureza jurídica dos emolumentos, passaremos à análise da constitucionalidade da renúncia fiscal deferida pelo novo estatuto aos títulos ou outros documentos de dívida levados a protesto.

O art. 236 da Constituição Federal, no parágrafo segundo, determina que lei federal estabeleça normas gerais sobre a fixação de emolumentos relativos aos serviços notariais e de registro.

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. (Regulamento)
> (...)
> § 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

Já o Título VII da Carta Magna - Da Ordem Econômica e Financeira -, ao estabelecer os princípios gerais da atividade econômica, determina, no inciso IX do seu art. 170, tratamento diferenciado à empresa de pequeno porte, *verbis*:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> (...)
> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional 6/1995)

O consagrado constitucionalista José Afonso da Silva (798/2005) leciona que

> O princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte consta do art. 170, IX, como dissemos. A Constituição não se contentou com o simples enunciado do princípio, pois já estabeleceu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, *tratamento diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas* por meio de lei (art. 179). Reconhece aí dois tipos de pequenas empresas: as micro e as de pequeno porte, deixando à lei defini-las e distingui-las (destaques apostos).

De outro passo, a Constituição de 1988 adotou, em seu art. 24, § 2, "a competência não cumulativa ou vertical, *de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais*, devendo os Estados e o Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis"[1] (destaque nosso).

O saudoso Professor Raul Machado Horta (420/1995) preceitua, em sua cátedra, que

> a legislação concorrente reclama regras ordenadoras de seu exercício, para delimitar o campo próprio a cada ordenamento e impedir o conflito de competências. A Constituição enunciou quatro regras. A primeira, precisando que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União

1 MORAIS, Alexandre de, obra citada, p. 281.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 24

> limitar-ser-á a estabelecer normas gerais (art. 24, § 1). A segunda, dispondo que a competência de normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. A terceira, para estabelecer que, inexistindo lei federal sobre a matéria de legislação concorrente, os Estados exercerão a legislação suplementar para atender a suas peculiaridades (art. 24, § 3). A quarta, regulando a superveniência da lei federal e a ineficácia da lei estadual quando conflitar com a lei federal.

Destrinchando o espírito da Constituição Democrática de 1988 (366/1995), o mestre, com clareza solar, ensina que:

> As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a repartição vertical de competência, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competência conduziu à técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a *Rahmengesetz*, dos alemães; a *Legge-cornice*, dos italianos; a *Loi de cadre*, dos franceses; são as normas gerais do Direito Constitucional Brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, adotou esse entendimento, sendo que o acórdão da ADI-MC 1790/DF - Tribunal Pleno, relatada pelo Ministro Carlos Velloso, não deixa dúvidas, *verbis*:

> Ementa: Constitucional. Tributário. Custas e emolumentos. Lei estadual que concede isenção: constitucionalidade. Lei 12.461, de 7.4.97, do Estado de Minas Gerais.
> I - Custas e emolumentos são espécies tributárias, classificando-se como taxas. Precedentes do STF.
> II - À União, ao Estado-membro e ao Distrito Federal é conferida competência para legislar concorrentemente sobre custas dos serviços forenses, restringindo-se a competência da União, no âmbito dessa legislação concorrente, ao estabelecimento de normas gerais, certo que, inexistindo tais normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (CF, art. 24, IV, §§ 1º e 3º).
> III - Constitucionalidade da Lei 12.461/97, do Estado de Minas Gerais, que isenta entidades beneficentes de assistência social do pagamento de emolumentos.
> IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em acórdão da ADI 16240, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ao analisar a constitucionalidade de artigo da Medida Provisória 1638-1/98, que criava limitações à cobrança de emolumentos pelos Estados às microempresas ou empresas de pequeno porte, assim se posicionou:

> Ementa: Protesto cambial: Medida Provisória 1638-1/98: limitação de emolumentos relativos a protestos de que devedora microempresa ou empresa de pequeno porte (art. 6º) e disciplina do fornecimento de certidões diárias dos processos tirados e cancelamentos efetuados às entidades representativas da indústria ou do comércio e aos serviços de proteção do crédito (alteração, pelo art. 10, dos arts. 29 e 31 da Lei 9.492/97): alegada inconstitucionalidade por ofensa dos arts. 62, 236, § 2º, 5º, X e XXXII, e 170, V, da Constituição: suspensão cautelar indeferida.
> 1. A idoneidade em tese da disciplina de matéria tributária em medida provisória é firme na jurisprudência do Tribunal, de que decorre a validade de sua utilização para editar norma geral sobre fixação de emolumentos cartorários, que são taxas.
> 2. Afirmada em decisão recente (ADIN MC 1.800) a validade em princípio da isenção de emolumentos relativos a determinados registros por lei federal fundada no art. 236, § 2º, da Constituição,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 25

> com mais razão parece legítima a norma legal da União que, em relação a determinados protestos, não isenta, mas submete a um limite, os respectivos emolumentos, mormente quando o conseqüente benefício às microempresas tem o respaldo do art. 170, IX, da Lei Fundamental.
> 3. A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas: de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas: ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo, hão de se submeter as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas na forma prevista no edito impugnado e integradas aos bancos de dados das entidades credenciadas à certidão diária de que se cuida: é o bastante a tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da argüição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXXII, *in fine*) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito.

A constitucionalidade da Lei Complementar 123/2006, quanto à isenção de que trata o *caput* do seu art. 73, está amparada pelos arts. 24, § 1º, 170, IX, e 236, § 2º, da Constituição Federal de 1988; o primeiro regra a repartição das competências, que autoriza o legislador federal a estabelecer normas gerais de tributação; o segundo impõe à União obrigação de estabelecer política econômica em benefício das microempresas e empresas de pequeno porte; o terceiro confere à União poder de estabelecer norma geral sobre a fixação de emolumentos para os serviços notariais e de registro.

Destarte, a União, ao editar a Lei Complementar 123, de 2006, nada mais fez do que exercer seu direito/dever constitucional de criar normas gerais sobre os serviços notariais e de registro, nos termos dos arts. 24, § 1º, 170, IX e 236, § 2º, da Constituição Federal, estabelecendo, desse modo, tratamento especial às microempresas e às de pequeno porte.

6 A LC 123/2006 frente à lei mineira de emolumentos

Após constatarmos a constitucionalidade da norma criadora da isenção tributária, cabe, agora, identificar na legislação estadual mineira quais seriam os acréscimos aos emolumentos que foram atingidos pela renúncia fiscal de que trata o art. 73 em questão.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, é a Lei 15.424/2004 que dispõe sobre a fixação, contagem, cobrança e pagamento de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, sendo certo que, nas tabelas de 1 (um) a 8 (oito) do seu anexo único, detalham-se os valores cobrados para cada ato a ser praticado pelos respectivos serviços, nos termos do art. 2º da legislação citada, *verbis*:

> Art. 2º - Os emolumentos são a retribuição pecuniária por atos praticados pelo Notário e pelo Registrador, no âmbito de suas respectivas competências, e têm como fato gerador a prática de atos pelo Tabelião de Notas, Tabelião de Protesto de Títulos, Oficial de Registro de Imóveis, Oficial de Registro de Títulos e Documentos, Oficial de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Oficial de Registro de Distribuição.
> § 1º - Os emolumentos e a respectiva Taxa de Fiscalização Judiciária fixados nas tabelas constantes no Anexo desta Lei serão pagos pelo interessado que solicitar o ato, no seu requerimento ou na apresentação do título.

Na referida tabela remuneratória da lei mineira, estão especificados, para cada ato, apenas a taxa de fiscalização judiciária e o fundo de custeio de atos gratuitos como acréscimos aos emolumentos, uma vez que as despesas de correio, condução e publicação de editais foram expressamente imputadas aos usuários dos serviços, não havendo qualquer tributação estadual sobre eles, conforme Notas I e II.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 26

Já o fundo de custeio dos atos gratuitos, previsto no parágrafo único do art. 31 da lei mineira, determina que 5,66% (cinco vírgula sessenta e seis por cento) do valor dos emolumentos devidos ao notário ou registrador pelo ato praticado será recolhido ao fundo de custeio dos atos gratuitos:

> Art. 31 - Fica estabelecida, sem ônus para o Estado, a compensação ao Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais pelos atos gratuitos por ele praticados, em decorrência de lei, conforme o disposto no art. 8º da Lei Federal nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000.
> Parágrafo único - A compensação de que trata o *caput* deste artigo será realizada com recursos provenientes do recolhimento de quantia equivalente a 5,66% (cinco vírgula sessenta e seis por cento) do valor dos emolumentos recebidos pelo Notário e pelo Registrador.

Sem adentrarmos na constitucionalidade dessa imposição legal, visto que, nos termos da Lei 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, restou estabelecido em seu art. 28 que "os notários e registradores têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia", imperioso concluir que as isenções da Lei Complementar 123/06, em Minas Gerais, atingem apenas o pagamento da taxa judiciária e a compensação dos atos gratuitos.

6.1 Atos passíveis à aplicação da norma

Noutro giro, fundamental identificarmos quais os atos praticados pela serventia de protesto estão sujeitos à isenção do pagamento da taxa judiciária, bem como ao valor para a compensação dos atos gratuitos.

Ao nosso sentir, apenas os atos concernentes ao pagamento do título ou outro documento de dívida e ao cancelamento do respectivo protesto foram alcançados pela isenção contida no novo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

É que os atos enumerados nos incisos II e III do citado art. 73 não são exemplificativos, mas sim taxativos, tendo em vista que a exegese da norma concessiva da isenção deve ser sempre a literal.

Qualquer interpretação extensiva da isenção contida no multicitado art. 73 ataca o consagrado princípio constitucional da legalidade, já que fere de morte o que reza o art. 111 do Código Tributário Nacional.

7 Lugar e momento da isenção

Para um remate mais completo do benefício concedido pelo estatuto em análise, faz-se necessário identificar o lugar e o momento da isenção. Para tanto, importante trazer à baila a seguinte questão: se o devedor efetuar o pagamento diretamente ao credor, na hipótese de o título ou documento de dívida já tiver sido apresentado a protesto, estaria o Tabelião autorizado a não recolher os acréscimos da taxa de fiscalização judiciária e do fundo de custeio de atos gratuitos, devolvendo ao apresentante tal diferença? Creio que não.

Quando o *caput* do art. 73 do estatuto em questão usa a expressão "o protesto de título", não resta dúvida de que se está referindo à hipótese de que o título ou outro documento de dívida já tenha sido apresentado ao tabelionato, não restando dúvida de que, após as suas protocolizações, a isenção só poderá ocorrer quando do pagamento efetuado na serventia.

Tal assertiva encontra amparo na Lei 9.492/97, que disciplina o procedimento do protesto de títulos e outros documentos de dívida e determina, de forma indene de dúvidas, que, após a proto-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 27

colização do título ou outro documento de dívida para protesto, o Tabelião expedirá a intimação ao sacado ou ao emitente de cheque para que aceite ou pague[2] , no prazo de três dias (art. 12 da Lei 9.492/97), contados da protocolização, para a lavratura e registro do protesto.

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. leciona que

> o art. 12 da LP fixa o prazo de 3 (três) dias para o registro do protesto, contados da protocolização do título, e na contagem do prazo exclui-se o dia da protocolização e inclui-se o do vencimento. Estes três dias devem ser úteis e, portanto, não se computam os feriados bancários e quando não houver expediente normal no Tabelionato[3].

E, mais, há tão-somente duas hipóteses de não ocorrer o registro do protesto sem o correspondente pagamento; a primeira é com o pedido de retirada apresentado pelo credor ou seu representante legal (dentro do tríduo legal), e a outra, por decisão judicial.

O art. 16 da mesma Lei 9.492/97, taxativamente, determina que antes do protesto o apresentante poderá retirar o título, desde que pagos os emolumentos e demais despesas, *verbis*: "Art. 16. Antes da lavratura do protesto, poderá o apresentante retirar o título ou documento de dívida, pagos os emolumentos e demais despesas".

Ora, o apresentante do título que receber diretamente do devedor e abrir mão da taxa de fiscalização judiciária e do fundo de custeio aos atos gratuitos, por ele pagos quando da protocolização do título[4] , não poderá reclamá-los, uma vez que o benefício é do devedor, personalíssimo. Deflui, ainda, que somente o serviço público delegado, conforme preceitua o art. 236 da Carta Magna c/c com a Lei 8.935/94 - Tabelionato de Protesto de Título e Outros Documentos de Dívida -, pode, após análise da documentação comprobatória do direito à isenção, concedê-la, tendo em vista a norma cogente e restritiva do art. 73 da Lei Complementar 123/2006.

Destarte, não sendo o título ou documento de dívida liquidado diretamente no respectivo serviço, o Tabelião não está autorizado a restituir ao credor os valores arcados por ele relativamente à taxa de fiscalização judiciária e com o fundo de custeio aos atos gratuitos, em cumprimento estrito aos termos do art. 73 da Lei Complementar 123/06.

Quanto ao cancelamento, a lei abraça apenas a hipótese de que o ato é privativo da serventia onde ocorreram a lavratura e o registro do protesto[5] .

8 Suspensão do direito

Por outro lado, relevante se torna a análise da hipótese contemplada no inciso V do supracitado art. 73, que suspende, por 1(um) ano, o benefício previsto para o devedor que pagar com cheque sem a devida provisão de fundos.

---

2 Art. 14.
3 Lei de Protesto nº 9.492/97, § 2º do art. 12.
4 Art. 37 da Lei 9.492/97.
5 Art. 26 da Lei 9.492/97.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 28

Tal penalidade imposta tem razão de ser, uma vez que a legislação em estudo visa privilegiar as empresas cumpridoras de suas obrigações fiscais, em detrimento daquelas que não estiverem em dia com a União, Estado ou Município (art. 17, inciso V), e, por óbvio, feriria, no mínimo, o bom senso e a isonomia permitir que uma empresa que lança cheque sem provisão de fundos continue usufruindo do citado benefício.

Como a legislação criadora do benefício é federal, a punição com a suspensão do direito à isenção alcança aquele que emitiu o cheque sem a devida provisão de fundos em todos os serviços de protesto do País. Assim, um cheque emitido e devolvido sem fundos, por exemplo, em Belo Horizonte, afetará o devedor no seu direito à isenção em qualquer outro tabelionato de protesto do território nacional.

Finalmente, cabe salientar que, apesar de o estatuto não especificar se a cártula deve ser do próprio devedor, entendemos não estar o Tabelião de protesto obrigado a aceitar cheques de terceiro, pois, quando a lei determina que não pode haver recusa para pagamento com cheque, ela está tratando da relação devedor/serventia - prestação de serviço público delegado, e não de uma relação comercial pura e simples.

9 Conclusão

1 A Lei Complementar 123/2006 instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dando tratamento fiscal diferenciado às empresas que aderirem ao novo modelo legal, dentro dos critérios ali estabelecidos, matéria de especial importância aos Tabelionatos de Protestos e Outros Documentos de Dívida, tendo em vista o tratamento tributário dado pelo seu art. 73, relativamente às isenções dos acréscimos aos emolumentos dos títulos ou outros documentos de dívida levados a protesto.

2 A renúncia fiscal do art. 73 da LC 123/06 é uma isenção, por isso sua aplicação deve ter como parâmetro o art. 111 do Código Tributário Nacional, o qual consagra a aplicação do princípio da interpretação literal da norma tributária de outorga.

2.1 Somente os atos taxativamente previstos no referido art. 73 são passíveis de ser alcançados pela isenção, ou seja, o ato de liquidação dos títulos ou outros documentos de dívida, bem como o cancelamento do registro do protesto.

2.2 No Estado de Minas Gerais apenas, a Lei 15.424/2004 dispõe sobre a fixação, contagem, cobrança e pagamento de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, sendo que somente a taxa de fiscalização judiciária e o fundo de custeio aos atos gratuitos foram alcançados pela isenção do supramencionado art. 73 da LC 123/06.

3 A Constituição Federal de 1988, em seus arts. 24, § 1º, 170, IX, e 236, § 2º, legitima a União a fixar norma geral sobre emolumentos dos serviços notariais e de registro e impõe à mesma criar norma que dê tratamento especial às microempresas e empresas de pequeno porte.

4 Somente o serviço notarial de protesto, nas condições estabelecidas pela Lei Complementar 123/06, no seu art. 73, e demais atos administrativos pertinentes, está autorizado a isentar o devedor do título ou do documento de dívida levado a protesto dos valores concernentes à taxa de fiscalização judiciária e do fundo de custeio aos atos gratuitos, desde que a liquidação do documento tenha ocorrido diretamente na serventia ou, após o registro do protesto, quando do seu cancelamento.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 29

4.1 O credor ou representante legal do título ou do documento de dívida não está autorizado pelo art. 73 da Lei Complementar 123/06 a isentar o beneficiário da norma das despesas devidas pela taxa de fiscalização judiciária e do fundo de custeio aos atos gratuitos, e, caso o faça, não tem o credor amparo legal para reclamar do Tabelião a devolução dos valores não percebidos por ato de mera liberalidade daquele, uma vez que o benefício é do devedor, e somente o serviço público delegado pelo art. 236 da Carta Magna c/c com a Lei 8.935/94 - Tabelionato de Protesto de Título e Documentos de Dívida - pode, após análise da documentação comprobatória do direito à isenção, concedê-la, tendo em vista a norma cogente e restritiva do art. 73 da Lei Complementar 123/2006.

5 A isenção ora tratada fica suspensa, pelo prazo de um ano, em todo território nacional, caso o devedor ofereça como pagamento do valor do título ou do documento de dívida apresentado a protesto cheque sem a devida provisão de fundos.

10 Referências bibliográficas

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores comentada*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.
HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2006.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.
ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2005.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 30

As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito.

Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso

*Renato César Jardim**

Sumário: 1 Introdução. 2 As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. 3 A súmula vinculante. 4 A súmula impeditiva de recurso. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

A catalogação das fontes formais do direito sempre foi fruto de divergências entre os doutrinadores e operadores do direito. A inclusão da doutrina, da jurisprudência, do negócio jurídico e das súmulas dos tribunais no rol das aludidas fontes sempre deu ensejo a calorosos debates.

Sabemos que, por força da regra insculpida no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". No mesmo sentido, o art. 126 do Código de Processo Civil, que traz em seu conteúdo o princípio de indeclinabilidade, pelo qual o juiz não poderá deixar de sentenciar alegando lacunas ou obscuridades na lei, fonte formal por excelência, caso em que deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

No entanto, propusemo-nos neste artigo enfrentar especificamente a questão afeta à inclusão ou não das súmulas dos tribunais no rol das fontes formais do direito. Na realidade, após a instituição, no ordenamento jurídico pátrio, das chamadas súmulas vinculante e impeditiva de recurso, entendemos que a questão ora trazida ao debate ganhou nova roupagem, porquanto, se, de um lado, as súmulas hoje existentes sempre foram vistas como mera orientação jurisprudencial, por outro, o que poderemos dizer acerca daquelas que contêm, inegavelmente, força normativa, capaz de impedir o recebimento de um recurso?

De qualquer forma, malgrado a existência de opiniões muitas vezes contrárias às sobreditas súmulas, sob o argumento de que as mesmas afrontam a garantia do duplo grau de jurisdição, que decorre do princípio da ampla defesa, como também os princípios da separação dos Poderes e do livre convencimento do juiz, procuraremos abstrair do aspecto unicamente crítico para enfrentar a questão sob o prisma de estarem ou não as súmulas inseridas no rol das fontes formais do direito.

2 As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito

Sabemos que as fontes do direito são classificadas em materiais e formais. Enquanto as primeiras são entendidas como valores sociais que orientam o legislador na criação das leis, as segundas refletem a manifestação concreta do direito positivo. A lei é a principal fonte formal, mesmo porque vivemos num Estado Democrático de Direito, onde impera o princípio da legalidade. No entanto, a doutrina diverge acerca da classificação das fontes formais do direito.

---

* Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Araxá. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Eleitoral do Centro Universitário do Planalto de Araxá – UNIARAXÁ. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Dom Cabral. Membro da Academia Araxaense de Letras.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 31

Não há um consenso formado acerca da inclusão das súmulas dos tribunais no rol das fontes formais do direito, notadamente do direito processual, cátedra que abraçamos no ofício penoso, mas gratificante do magistério. Em verdade, tem sido fruto de acaloradas discussões até mesmo a inserção da jurisprudência no indigitado rol. Como afirma a festejada doutrina:

> ... é controvertida a inclusão da jurisprudência entre as fontes de direito: de um lado, encontram-se aqueles que, partindo da idéia de que os juízes e tribunais apenas devem julgar de acordo com o direito já expresso por outras fontes, dele não se pode afastar; de outro lado, os que entendem que os próprios juízes e tribunais, através de suas decisões, dão expressão às normas jurídicas até então não declaradas por qualquer das outras fontes (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. 1999, p. 94).

De fato, se analisarmos a questão sob o ponto de vista político-ideológico e também na seara da separação dos Poderes, chegaremos à conclusão de que ao Judiciário cumpre apenas aplicar a lei, e não criar normas abstratas e gerais. A missão do aludido Poder está na aplicação da lei diante dos casos concretos que lhe são submetidos. E, mais do que isso, devemos lembrar a regra consignada no art. 468 do CPC, no sentido de que "a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas". Assim, uma sentença transitada em julgado, ainda que tenha o processo de sua lavra tramitado em grau de recurso em outras instâncias, dando ensejo a interpretações divergentes, terá somente força de lei entre as partes naquele caso concreto específico.

Todavia, a discussão ora trazida à baila ganha conotação de maior relevo quando se perquire acerca da aceitação das súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Em sua abalizada opinião, José de Albuquerque Rocha (2006, p. 58) assevera que,

> ... além das fontes que acabamos de examinar, podemos mencionar ainda, como fonte formal do direito processual, as súmulas dos tribunais. As súmulas são formas de expressão de normas, a significar que são juridicamente obrigatórias para os tribunais que as elaboram nos casos de que tratem, até que sejam modificadas ou revogadas pelo mesmo procedimento seguido em sua constituição. Por conseguinte, as súmulas dos tribunais, desde que tenham conteúdo processual, são fontes formais do direito processual, já que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, são uma das formas de expressão do direito.

De outra parte, muitos dos nossos tribunais não consideram as súmulas como fonte do direito. Já se decidiu que "a súmula da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho não é fonte formal ou material de direito, senão mera orientação jurisprudencial construída a partir do complexo de normas e princípios que compõem o ordenamento jurídico pátrio" (TRT, 9ª Região, 2002).

A jurisprudência isolada serve apenas como forma de se alcançar o conteúdo da norma jurídica, assim como ocorre com a doutrina. As súmulas dos tribunais, pelo fato de trazerem sedimentado ou cristalizado o entendimento de uma determinada Corte sobre casos análogos, reiteradamente decididos, criam para os aplicadores do direito uma orientação que muito de perto se aproxima de uma verdadeira fonte do direito. Não se trata de um caso concreto apenas levado ao Poder Judiciário, mas de diversos casos idênticos com a mesma solução, que acabam dando ensejo a uma interpretação consolidada pelos dispositivos legais existentes em nosso ordenamento jurídico. Não há que se cogitar, pois, da aplicação do sobredito art. 468 do CPC. Entendemos que a edição de súmulas não consubstancia um processo legislativo na acepção da palavra, mas, ao contrário, apenas uma orientação acerca de determinado dispositivo legal. Assim, não devemos aceitar opiniões no sentido de que as súmulas dos tribunais, mesmo as vinculantes, têm o escopo de trazer à tona a figura do *judge made law*, incompatível com a tripartição dos Poderes, embora seus efeitos se aproximem dos da lei. De

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 32

qualquer forma, não é menos verdadeiro o fato de que, na maioria das vezes, as súmulas quase sempre vinculam os magistrados em suas decisões, mesmo não existindo o caráter vinculante obrigatório.

Cabe aqui abrir um parêntese para salientar que, na acepção técnica, quando fazemos menção a determinada súmula de um tribunal, o melhor é dizer enunciado. Essa acepção, aliás, foi regulamentada pelo Tribunal Superior do Trabalho através da Resolução nº 44, de 28 de junho de 1985. Assim, *v.g.*, em vez de se dizer: Súmula nº 54 do TST, deve-se dizer Enunciado nº 54 da Súmula do TST. A súmula seria o rol dos enunciados. A melhor doutrina esclarece que "a súmula é a consolidação do resumo de teses jurídicas, através da edição de verbetes numerados, também chamados de enunciados" (PORTO, 2000).

Em que pesem as opiniões em sentido contrário, entendemos que, após a instituição das chamadas súmulas vinculante e impeditiva de recurso, a questão em debate não mais comporta discussões, conforme explanaremos a seguir.

3 A súmula vinculante

Quando se faz menção aos efeitos vinculantes das súmulas, não se pode deixar de lembrar que, antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que deu redação ao art. 103-A, da vigente Carta Republicana, já existiam em nosso ordenamento jurídico situações que, indiscutivelmente, davam às súmulas dos tribunais o chamado efeito vinculante. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seus arts. 22, § 1º, e 56, parágrafo único, permite ao Ministro Relator arquivar ou negar seguimento a eventual recurso que contrarie súmula. Da mesma forma, o art. 557 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei n° 9.756/98, estatui que o relator negará (vê-se que não é faculdade) seguimento a recurso que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Também não é diferente o art. 90, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman), que estabelece que o relator mandará arquivar ou negará provimento a recurso que contrarie súmula do Supremo Tribunal Federal.

É de se depreender, portanto, que a opinião de José de Albuquerque Rocha, antes referenciada, encontra respaldo no efeito vinculante que as súmulas já produziam antes mesmo do advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso.

Com a previsão constitucional da súmula vinculante, elencada no art. 103-A da Constituição da República, regulamentada pela Lei n° 11.417, de 19 de dezembro de 2006, cujos enunciados devem ser editados através do quórum qualificado de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, todos os juízes do País estarão obrigados a decidir de conformidade com a sobredita súmula, sob pena de sofrerem reclamação junto àquela excelsa Corte. Aqueles que se colocam contrariamente à súmula vinculante cunharam expressões como "engessamento da ciência jurídica", "ditadura da jurisprudência", "hierarquização militar do Poder Judiciário", "mero aplicador de súmulas", "cerceamento da liberdade e independência dos juízes", dentre outras. No entanto, sem querer aqui discutir a questão afeta à pertinência ou não da súmula vinculante, o certo é que a mesma deriva de comando constitucional e sua edição já é uma realidade. Vale lembrar, entretanto, que

> ... a questão de os tribunais superiores, especialmente os de última instância, receberem competência para produzir norma geral com força de precedente vinculante para a decisão de casos idênticos encontra integral apoio na doutrina de Hans Kelsen (LIMA, 2000, p. 53).

Se possui efeito vinculante, a ponto de não dar margem discricionária ao magistrado, bem como o condão de obstaculizar o seguimento de um recurso, não resta dúvida de que a súmula vinculante

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 33

tem mesmo força de lei. Em substancioso artigo, opondo-se veementemente à instituição da súmula vinculante, Fabrício Veiga Costa deixou consignado que

> em sua essência, o poder vinculante confere às súmulas efeitos gerais próprios de lei. (...) Trata-se, pois, de um mecanismo que, simultaneamente, funciona como compartilhamento da função legislativa pelo órgão judiciário (...) A súmula com força vinculante é lei material. Tem efeitos *erga omnes*, conquanto não decorra do processo legislativo constitucional (COSTA, 2004).

Se a súmula em questão possui efeito vinculante e se tem força de lei, não se pode negar a ela a qualidade de fonte formal do direito. Em verdade, se formos buscar o sentido morfológico do verbo vincular, teremos, dentre outras sinonímias: "submeter a um domínio; sujeitar, obrigar" (HOUAISS, 2001). Assim, se o juiz está obrigado a decidir de acordo com os enunciados da súmula vinculante, esta chega realmente a beirar as raias da lei.

A propósito, Gil Ferreira de Mesquita, ao trazer à baila a opinião de Alexandre Freitas Câmara, acerca da classificação das fontes do direito processual, da qual não compartilha, assim se manifesta, *verbis*:

> Assim, alguns autores chegam a afirmar que a divisão das fontes do direito processual em fonte formal e material existe, mas com outro significado. Seriam formais as fontes que possuem força vinculante, sendo obrigatórias para todos (a lei) e responsáveis pela criação do direito positivo. Seriam materiais aquelas que não têm força vinculante, servindo apenas para esclarecer o verdadeiro sentido das fontes formais (MESQUITA, 2004).

À guisa de elucidação, vale lembrar que os atuais enunciados comuns da súmula do STF não podem ser considerados como vinculantes, uma vez que, para atingir tal status, necessitam ser referendados através do quórum qualificado de 2/3 dos membros daquele tribunal. Em recente decisão acerca desse mesmo tema, assim decidiu o STF:

> As súmulas anteriores do Supremo Tribunal Federal poderão adquirir efeito vinculante, desde que votadas por dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Tem-se, pois, que a Emenda Constitucional 45/2004 não conferiu efeito vinculante imediato às súmulas já existentes do Supremo Tribunal Federal, dispondo apenas sobre a faculdade de o Tribunal assim fazê-lo, desde que por voto de dois terços dos ministros, em procedimento em tudo assemelhado à edição de uma nova súmula (STF).

Dissertando sobre as fontes formais do Direito Processual, Misael Montenegro Filho, além de considerar a própria jurisprudência como fonte formal, traz consolidado o entendimento de que a súmula vinculante, tal como a lei, é fonte formal primária. Colha-se o seu magistério nesse mister:

> A lei é fonte primária do direito processual, visto que é dela que emanam as regras necessárias à solução dos conflitos de interesses (...). A súmula vinculante objetiva contribuir para a redução de processos em curso na Justiça nacional, sobretudo as ações previdenciárias e tributárias (assentadas apenas em questões de direito, na grande parte dos casos), posicionando a jurisprudência como fonte primária do direito, valorizando os precedentes emanados do STF (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 9 e 13).

A súmula vinculante, portanto, constitui inegavelmente fonte formal do direito de origem estatal, tal como a lei, porque seus enunciados derivam do Poder Judiciário e porque a atividade jurisdicional é uma atividade do Estado, um dos braços da soberania. Dentre as fontes não estatais, podemos citar a analogia, os costumes, o negócio jurídico e a doutrina, estes últimos para quem os aceita como tais. Nesse mister, colha-se o magistério de Maria Helena Diniz, *verbis*:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 34

> ... as fontes formais podem ser estatais e não estatais. As estatais subdividem-se em legislativas (leis, decretos, regulamentos, etc.), jurisprudenciais (sentenças, precedentes judiciais, súmulas, etc.) e convencionais (tratados e convenções internacionais). As não estatais, por usa vez, abrangem o direito consuetudinário (costume jurídico), o direito científico (a doutrina) e as convenções em geral ou negócios jurídicos (DINIZ, 2005, p. 22).

4 A súmula impeditiva de recurso

Também dentro do mesmo escopo de tornar célere a prestação jurisdicional e de uniformizar os procedimentos judiciais, veio à tona, através da Lei n° 11.276/2006, a chamada súmula impeditiva de recurso, inserida no § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil, vazado nos seguintes termos, *verbis*: "O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal". O dispositivo em questão veio autorizar ao juiz de primeiro grau, em exame de admissibilidade do recurso de apelação, negar o seguimento ao apelo se sua decisão estiver embasada em súmula do STF ou do STJ. Cumpre lembrar que regra semelhante já existia em nosso direito, voltada, no entanto, para o segundo grau de jurisdição. É o que se extrai do art. 557 do CPC, que estatui:

> 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.

De tal sorte que, no caso da súmula impeditiva de recurso, o magistrado não está obrigado a decidir com base nos enunciados dos indigitados tribunais, mesmo porque não se trata de súmula vinculante, caso em que não haverá discricionariedade para o juiz. De qualquer forma, se o julgador decidir escorado num dos verbetes das súmulas do STJ ou STF, como sói acontecer, o recurso interposto contra a sua decisão não será recebido.

Em verdade, a súmula impeditiva acaba por conceder força normativa aos enunciados das súmulas do STF e do STJ, pois tem o condão de obstaculizar o seguimento do recurso a ser interposto contra decisão que a referendar. Dessarte, dentre os pressupostos de admissibilidade dos recursos, além do preparo e da tempestividade, tem-se que o magistrado deverá agora levar em conta a questão afeta ao apelo que visa hostilizar sentença fundamentada com base em enunciados da súmula do STF ou do STJ.

Importante também salientar que, na redação do art. 103-A da Constituição da República, bem como na Lei n° 11.417/2006, que dispõem sobre a súmula vinculante, não há qualquer menção quanto ao não-conhecimento de recurso aforado contra decisão que se tenha respaldado na sobredita súmula. A disposição em questão vem estampada no § 1º do art. 518 do CPC, antes transcrito. Ora, se não pode ser recebido o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmulas comuns do STF ou do STJ, com muito mais razão isso deve acontecer quando a decisão estiver em consonância com a súmula vinculante. Lembre-se, também, que o § 3º do art. 103-A da CR estabelece que da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que poderá cassar a mesma decisão e determinar que outra seja proferida, conforme o caso.

Muitos críticos vislumbram na súmula impeditiva uma afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição, porquanto a mesma está a impedir a reapreciação do caso submetido ao Poder Judiciário. Como a súmula impeditiva origina de uma lei ordinária, certamente muitas discussões acerca de sua constitucionalidade serão trazidas aos tribunais pátrios. Entretanto, como já asseveramos, nosso estudo não tem por finalidade adentrar nessa seara.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 35

Ao atribuir à súmula impeditiva de recurso força normativa, a ponto de impedir o seguimento de um recurso, o § 1° do art. 518 do CPC, em nosso entendimento, também galgou a multicitada súmula ao patamar de fonte formal do direito. Por fim, deve ser salientado que, embora contenham força normativa, as súmulas vinculante e impeditiva de recurso não estão sujeitas à argüição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, haja vista que não podem ser tidas como lei no sentido formal desta.

5 Conclusão

Se, antes do advento, no ordenamento jurídico brasileiro, das súmulas vinculante e impeditiva de recurso, podíamos aceitar as opiniões no sentido de que as súmulas dos tribunais não se inserem no rol das fontes formais do direito, depois do surgimento daquelas o mesmo raciocínio não pode prevalecer.

Revestida de eficácia normativa, com efeito *erga omnes*, a súmula vinculante acaba por produzir os mesmos resultados da lei, não no aspecto formal, já que derivada do Poder Judiciário, tal como acontece nos sistemas da *common law* e da *civil law*, em que os precedentes vinculantes têm conotação de relevo.

Aos que sustentam que a aplicação da aludida súmula implicará violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, devemos lembrar que, se o caso decidido com base num de seus enunciados porventura chegar ao Supremo Tribunal Federal, fatalmente a sentença primeva será confirmada, com uma protelação indesejada, já que o instituto ora estudado vincula todos os tribunais e juízos do País.

Da mesma forma, ainda que não vinculante, a súmula impeditiva de recurso trouxe também eficácia normativa aos enunciados das súmulas comuns do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, notadamente quando os juízes aplicarem tais verbetes diante do caso concreto trazido ao crivo do Judiciário. Tanto isso é verdade que, se o juiz decidir de acordo com qualquer um desses enunciados, o recurso eventualmente interposto não será recebido. Daí a força normativa, embora não vinculante, antes referenciada.

Dessarte, não há como negar que os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal, vinculantes ou não, e do Superior Tribunal de Justiça, por força das regras consignadas no art. 103-A da Constituição da República e no § 1º do art. 518 do CPC, ganharam indubitavelmente o status de fonte formal do direito, não cabendo mais sustentar que são apenas mera orientação jurisprudencial construída a partir da interpretação das normas que compõem o nosso ordenamento jurídico.

6 Referências bibliográficas

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 94.
COSTA, Fabrício Veiga. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, nº 10, 2004.
DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005,1° v., p. 22.
KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1995, p. 277-278 apud LIMA, Diomar Bezerra. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* nº 05, maio/jun. 2000, p. 53.
MESQUITA, Gil Ferreira. *Teoria geral do processo.* Uberlândia: Ipedi, v. 1, 2004.
MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 9-13.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 36

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 2000.
ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 58.
Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. no Ag. Reg. no Agravo de Instrumento n° 414.207-4 - Rio de Janeiro.
Tribunal Regional do Trabalho. 9ª Região, RXOF 00301-2002, Rel. Juiz Gil El Rafihi, *DJPR* de 04.04.2003.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 37

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CORTE SUPERIOR

DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE DIFUSO - RESERVA DE PLENÁRIO - CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGA - DISCRIMINAÇÃO RACIAL - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - ART. 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - INAPLICABILIDADE

Ementa: Incidente de inconstitucionalidade. Cotas em concurso público para pessoas de cor negra. Afronta aos princípios que asseguram a igualdade e recriminam o preconceito. Apropriação da regra do inciso VIII do art. 37 da CF para situação diversa. Impossibilidade. Inconstitucionalidade declarada.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 1.0000.07.449458-4/000 - Comarca de Contagem - Requerente: Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Requerida: Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

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 DAR PELA INCONSTITUCIONALIDADE.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2007. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela d. Relatora de reexame necessário e apelação cível em face de sentença proferida em mandado de segurança impetrado por Isabela Filardi Paim para ver obedecida a lista de classificação para o cargo de fonoaudiólogo; a candidata argüiu a inconstitucionalidade da reserva de cotas determinada no edital de concurso - Edital 01/2004 - para o provimento dos cargos efetivos dos serviços da Famuc, que estipulou, no item 3.4, a reserva de 12% das vagas aos candidatos negros, segundo a Lei Municipal nº 3.829/2004, juntada à f. 46/47. A d. Relatora, no voto condutor, invocou o art. 97 da Constituição Federal, para que a questão relacionada com a inconstitucionalidade da norma fosse submetida ao Órgão Especial e o fez acompanhada pelos demais membros - f. 224/232-TJ.

O parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça é no sentido da declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal do Município de Contagem de nº 3.829/2004 - f. 242/252-TJ.

O art. 1º da Lei Municipal de Contagem nº 3.829/2004 dispõe:

> Art. 1º - Ficam reservadas aos negros 12% (doze por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos efetuados pelo Poder Público Municipal para provimento de cargos efetivos (f. 46/47).

Em razão do comando da lei, o Edital nº 01/2004, de concurso público de provas para provimento de cargos vagos nas classes do Quadro Permanente dos Serviços da FAMUC, no item 3.4, dispôs que haveria a reserva de 12% (doze por cento) das vagas aos negros, em respeito ao que contém na Lei Municipal de nº 3.829, de 7 de junho de 2004 - f. 23/28.

Entre os princípios fundamentais contidos na norma constitucional, sobreleva o da promoção do bem comum, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, segundo se colhe

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 38

do art. 3º, IV; e, no art. 5º, o princípio foi inserido, corporificando-se a igualdade de todos perante a lei, dentre os direitos e garantias fundamentais.

Os princípios estão imanentes nos dispositivos constitucionais e não podem ser desconsiderados, quando se faz a sua interpretação. Logo, a igualdade de todos perante a lei e a proibição do preconceito são a pedra angular do arcabouço constitucional.

Não se desconhece que o art. 37, VIII, da Constituição manda reservar percentual de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência, definindo os critérios de sua admissão, mas tal disposição não afasta os princípios nem quebra a harmonia da Constituição.

É que se trata de dispositivo que faz consideração a pessoas que são desiguais na sua constituição física a justificar um tratamento desigual, que, ao contrário de afrontar o princípio da igualdade, lhe dá a verdadeira e indispensável materialização.

A inovação na norma municipal torna desiguais os iguais e desrespeita e afronta os princípios que emanam da Constituição de 1988. Do exposto, declaro inconstitucional o art. 1º da Lei Municipal de Contagem nº 3.829/04.

Custas, a final.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Almeida Melo, José Antonino Baía Borges, José Francisco Bueno, Célio César Paduani, Kildare Carvalho, Jarbas Ladeira, Alvim Soares, Duarte de Paula, Alvimar de Ávila, Francisco Figueiredo, Edelberto Santiago, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Schalcher Ventura, Herculano Rodrigues, Carreira Machado, Márcia Milanez, Jane Silva, Fernando Bráulio e Edivaldo George dos Santos*.

Súmula - DERAM PELA INCONSTITUCIONALIDADE.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR DESIGNADO - TÍTULO PRECÁRIO - ESTABILIDADE - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INEXISTÊNCIA - DENEGAÇÃO DA ORDEM

Ementa: Mandado de segurança. Constitucional. Administrativo. Designados. Precariedade. Estabilidade anômala. Inexistência. Direito líquido e certo. Ausência.

- Não são destinatários das garantias previstas nos arts. 105 e 106 do ADCT da Constituição Estadual, com a redação dada pela Emenda Constitucional 49/2001, os designados a título precário após 1º de agosto de 1990, ademais de não se lhes aplicar o disposto no art. 108 do mesmo dispositivo.

- O servidor designado para o exercício de função pública pode ser dispensado *ad nutum*, em análise de oportunidade e conveniência pela Administração, não sendo titular de direito líquido e certo a permanecer no cargo.

Ordem denegada.

MANDADO DE SEGURANÇA N° 1.0000.06.444658-6/000 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Impetrante: Carlos Alberto Barbosa - Autoridade coatora: Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 39

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 DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2007. - *Cláudio Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Cláudio Costa - Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Carlos Alberto Barbosa contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que determinou a sua dispensa de cargo em função pública, que ocupava junto ao Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Indeferi a medida liminar às f. 32/33-TJ por não vislumbrar a relevância dos fundamentos do pedido nem a possibilidade de ineficácia da medida, se concedida a segurança ao final. As informações foram prestadas pela autoridade dita coatora às f. 40/44-TJ, aduzindo a inexistência de abuso ou ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato combatido por não ser o impetrante destinatário das garantias previstas nos arts. 105 e 106 do ADCT da Carta Estadual, pelo que não se lhe aplica o art. 108 do mesmo diploma, dado que era designado a título precário, não tendo sido protegido por qualquer forma extraordinária de estabilidade, não sendo, portando, titular de direito líquido e certo a ser protegido pela via estrita do *writ*. A douta Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer de f. 65/70-TJ, opinando pela ilegitimidade passiva da segunda autoridade indicada como coatora. No mérito, entendeu pela denegação da segurança, tudo conforme relatório que passa a fazer parte deste voto.

Mérito.

O ato administrativo deve ser analisado sob o prisma da legalidade *lato sensu*, ou seja, não somente da vinculação do ato à legalidade estrita, da conformidade dos atos com as normas em sentido estrito, mas também da conformidade dos atos com os princípios gerais de Direito, previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição.

O controle jurisdicional dos atos administrativos abrange, então, o exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle de legalidade *stricto sens*u) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios constitucionalmente expressos (controle da legalidade *lato sensu*), ressalvado o exame do mérito da atividade administrativa, que envolve a análise de oportunidade e conveniência do ato.

O exercente de cargo provido por designação não tem direito adquirido à permanência na função, visto que tal cargo detém caráter provisório, sendo seu titular passível de demissão *ad nutum*.

Não há ilegalidade ou inconstitucionalidade no assim chamado "Cronograma de Nomeação e Posse de Candidatos Aprovados no Concurso Público TJMG - Edital n° 01/2005", editado pela autoridade indicada como coatora e que determina a dispensa automática dos ocupantes de cargos designados, na data da posse dos concursados, dado que o ocupante de função pública não possui estabilidade.

Assim, o ocupante de cargo por designação pode ser exonerado de acordo com a conveniência e a oportunidade da Administração, porquanto não detém qualquer tipo de estabilidade.

Ademais, não são destinatários das garantias previstas nos arts. 105 e 106 do ADCT da Constituição Estadual, com a redação dada pela Emenda Constitucional 49/2001, os designados a título precário após 1º de agosto de 1990, caso do impetrante, além de não se lhes aplicar o disposto no art. 108 do mesmo dispositivo.

Portanto, não resta demonstrado nos autos direito líquido e certo de que o impetrante seja titular.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 40

Direito líquido e certo é direito subjetivo, que deflui de fatos incontroversos, provados, documentalmente, com a inicial. É preciso colocar em destaque a premissa que o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, traz no seu bojo:

> Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

No mesmo diapasão - *mutatis mutandis* - é o art. 1º da Lei nº 1.533, de 31.12.51, estabelecendo que:

> Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Ora, conjugando-se, pois, a norma de direito constitucional com o dispositivo infraconstitucional, vê-se que nenhum é o direito líquido e certo dos apelantes, vislumbrável no presente caso.

Leciona Celso Agrícola Barbi: "A base da definição do que seja direito líquido e certo repousa na indiscutibilidade dos fatos e, conseqüentemente, na questão probatória" e "no tocante aos 'meios' de prova, é entendimento pacífico que só é admissível a de natureza documental, dada a facilidade de produção e a maior certeza dela decorrente" e que, "se os fatos devem ser indiscutíveis, conseqüentemente não pode haver dúvidas também" (*Mandado de segurança*. 3. ed. Ed. Forense,1980. nºs 205 e 206, p. 235 e 236).

Lê-se em Castro Nunes:

> Direito líquido e certo é direito provado de plano, documentalmente. Não seria possível completar-lhe a liquidez e certeza no processo de mandado, desvirtuando o remédio com incidentes de prova que lhe entravariam a marcha (in Do *mandado de segurança*. Ed. Forense, 1956, nº 168, p. 354).

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Daí o conceito de direito líquido e certo como o direito comprovado de plano, ou seja, direito comprovado juntamente com a petição inicial (*Direito administrativo*. 6. ed., nº 16.5.4.4.2 - p. 510).

Em famosa lição, Hely Lopes Meirelles discorre:

> Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais (in *Mandado de segurança*... 24. ed., Malheiros, 2002, p. 36 e 37).

No caso concreto, restou demonstrada a precariedade do exercício do cargo em designação pelo impetrante, a permitir seu afastamento do serviço público em análise de conveniência e oportunidade pela Administração.

Assim, clara a ausência de direito líquido e certo do impetrante a ser protegido através do presente *mandamus*.

Posto isso, em face da inexistência de direito líquido e certo dos impetrantes, denego a segurança postulada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Roney Oliveira, Schalcher Ventura, Reynaldo Ximenes Carneiro, Herculano Rodrigues, Almeida Melo, José Antonino Baía Borges, Célio César Paduani,*

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 41

Hyparco Immesi, Kildare Carvalho, Dorival Guimarães Pereira, Jarbas Ladeira, José Domingues Ferreira Esteves, Gudesteu Biber, Edelberto Santiago, Sérgio Resende, Jane Silva, Fernando Bráulio, Duarte de Paula e Alvimar de Ávila.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

SERVIDOR PÚBLICO - IPSEMG - CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO À SAÚDE - EXIGÊNCIA COMPULSÓRIA - ILEGALIDADE - ART. 85 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 64/2002 - INCONSTITUCIONALIDADE - ART. 149 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA ORDEM

Ementa: Servidor público. Contribuição destinada ao custeio da assistência à saúde. Art. 85 da LC 64/02. Ilegalidade.

- O art. 149 da Constituição Federal não confere ao Estado competência para instituir contribuição para custeio à saúde, exigida compulsoriamente dos seus servidores. Dita contribuição, por não ser de natureza previdenciária, não possui caráter de solidariedade, devendo, portanto, só ser cobrada por opção do servidor. Outrossim, aquele que opta pelo não-pagamento estará excluído do atendimento prestado pelo Ipsemg.

MANDADO DE SEGURANÇA N° 1.0000.06.445228-7/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrantes: Nely Nery de Moraes, Christina Costa Cruz Teixeira Fontes, Gilson Borges Margarida, Christine Ferreira Paiva Miranda, Rafael Guidugli - Autoridades coatoras: Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Presidente do Ipsemg - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 23 de maio de 2007. - *Jarbas Ladeira* – Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Orlando Carvalho) - Está impedido de participar deste julgamento o Des. Alvimar de Ávila.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Nely Nery de Moraes, Christina Costa Cruz Teixeira Fontes, Gilson Borges Margarida, Christine Ferreira Paiva Miranda e Rafael Guidugli impetram mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, alegando que são servidores públicos lotados neste Tribunal, contribuindo mensalmente para o "custeio saúde", de forma compulsória, nos termos do art. 85 da LC nº 64/2002.

Por entenderem ser ilegítima a exigência compulsória da mencionada contribuição, pretendem a suspensão do respectivo desconto.

Argumentam que o art. 149, § 1º, da Constituição Federal sofreu alterações pela Emenda nº 41, de 19 de dezembro de 2003, não podendo os Estados, Distrito Federal e Municípios instituírem contribuição compulsória para custeio de assistência médica.

Em Minas, a LC Estadual nº 64/2002, pelo art. 85, § 5º, instituiu a contribuição compulsória com a redação dada pela LC nº 70/2003.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 42

Está em andamento no STF a ADI nº 3.106, que impugna os dispositivos estaduais instituidores de tal contribuição compulsória. O julgamento está suspenso, com pedido de vista, já havendo três votos contra tal obrigatoriedade.

No Incidente de Inconstitucionalidade nº 1.0000.05.426852-9.000, tendo como Relator o Desembargador Herculano Rodrigues, a Corte Superior deste TJMG decidiu que tal contribuição compulsória é inconstitucional, ofendendo o art. 149, § 1º, da Carta Magna.

Terminam requerendo liminar para que cesse a cobrança dos 3,2% referentes à assistência médica, ao mesmo tempo concordando com a desoneração do Ipsemg de lhes prestar a assistência médica.

Liminar concedida às f. 47/48.

Nas informações de f. 73/90, o Ipsemg alega ter-se operado a decadência, nos termos do art. 18 da Lei nº 1.533/51, que estabelece o prazo de 120 dias, contados da data do ato que lhe causou gravame, para impetrar o mandado de segurança.

Alega também que é incabível mandado de segurança contra lei em tese.

No mérito, alega que a cobrança da contribuição decorre do princípio da legalidade, pois, ao procedê-la, aplicou o art. 24 da Lei nº 9.380/86, com a redação original, posteriormente, com a modificação implementada pela Lei nº 13.455/2000 e agora pelo art. 85 da LC nº 64/2002.

Sustenta, ainda, que a compulsoriedade da contribuição para o custeio da saúde advém não só do fato de ter a mesma natureza tributária, mas também pelo fato de o financiamento da seguridade social ser baseado no princípio da solidariedade.

Conclui, alegando que os impetrantes pretendem cobrar valores retroativos, o que não é possível em sede de mandado de segurança e que, se concedida a segurança, não seja deferida a restituição dos valores pagos, que foram vertidos em serviços médico-hospitalares colocados à disposição de todos os segurados.

Caso seja ordenada a devolução, que os juros sejam fixados em 0,5% a.m., a partir do trânsito em julgado da decisão.

O Presidente do TJMG, nas informações de f. 92/96, alega que o valor questionado, que vem sendo descontado da remuneração dos servidores, refere-se à contribuição instituída pelo Ipsemg, cabendo-lhe, tão-somente, recolher e repassar mensalmente o valor àquele instituto, e se tal retenção é feita em cumprimento ao que lhe é imposto por lei e se o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade, decidido por este Tribunal, em princípio não alcança os impetrantes, não há que se falar em ato abusivo ou ilegal de sua parte.

Atualmente, em face do incidente de inconstitucionalidade mencionado, este Relator adotou o mesmo entendimento, como na Apelação nº 1.0000.06.444839-2.00, concluindo que dita contribuição, por não ser de natureza previdenciária, não tem o caráter de solidariedade, devendo, portanto, só ser exigida por opção do servidor.

Por outro lado, aquele que optar pelo não-pagamento, estará excluído do atendimento prestado pelo Ipsemg.

Este Tribunal, na Apelação nº 1.0024.05.682394-1.002, em que foi Relator o Desembargador Célio César Paduani, com muita propriedade assim expressa:

> [...] não há conceber que o sistema disponibilizado pelo Estado possa ser de caráter contributivo-compulsório, impondo ao servidor inativo e ao pensionista do Ipsemg sua filiação a essa espécie de plano de saúde. A própria autarquia confirma que esse plano de saúde disponibilizado, mediante remuneração, nada mais é do que uma associação, um plano de saúde tal qual a qualquer outro plano de saúde privado. Daí, frisa-se, inadmissível o seu caráter contributivo-compulsório.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 43

O art. 149, *caput*, da Constituição Federal define a competência exclusiva da União para "instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas". Não confere ao Estado competência para instituir contribuição para custeio à saúde, a ser exigida compulsoriamente dos seus servidores.

Assim, o art. 85 da Lei Complementar nº 64/02 afronta a Constituição Federal, revestindo-se de ilegalidade o desconto aqui discutido.

Sobre a questão decide este Tribunal:

> Ementa: Constitucional. Contribuição social compulsória dos servidores destinada ao custeio da saúde. Impossibilidade. Interpretação restritiva do art. 149 da CF/88. - O Estado não pode instituir contribuição social destinada ao custeio da saúde, de acordo com interpretação restritiva da norma do art. 149 da CF, que atribui aos entes federados tão-somente a competência para instituição de contribuição destinada à previdência social (EC nº 41/03). Precedente do STF (AC nº 1.0024.04.409554-5/002, Rel. Des. Manuel Saramago, *DJ* de 1º.04.2005).

Por todo o exposto, concedo a segurança para ordenar a cessação dos descontos efetuados dos impetrantes, para o custeio à saúde, ficando o Ipsemg desobrigado de prestar-lhes serviços de assistência médica e odontológica, ou outras do gênero.

Sem honorários.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Duarte de Paula - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

-:::-

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESERVA DE PLENÁRIO - ICMS - REPARTIÇÃO DA RECEITA TRIBUTÁRIA - MUNICÍPIOS - VALOR ADICIONADO FISCAL - LEI ESTADUAL 13.803/2000 - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - ART. 158, IV, E PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 44

Ementa: Incidente de inconstitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Suscitante. Afetação à Corte Superior. Reserva de plenário. Relevância. Conhecimento. Lei Estadual 13.803/00. Art. 3º, §§ 1º e 2º, incisos I e II. Repartição de ICMS. Valor Adicionado Fiscal. Inconstitucionalidade reconhecida. Precedentes. Incidente acolhido.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 1.0000.06.447437-2/000 - Comarca de Belo Horizonte - Requerente: Estado de Minas Gerais - Requerida: Corte Superior do TJMG - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 23 de maio de 2007. - *Cláudio Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Cláudio Costa - Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 432.954-9 (f. 170/172), ao argumento de violação ao princípio da reserva de plenário por este Tribunal no julgamento do mandado de segurança impetrado pelo Município de Cachoeira Dourada contra ato do Secretário da Fazenda de Minas Gerais (f. 120/129), cujo acórdão afastou a aplicação da Lei Estadual nº 13.893/00, com o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

O STF deu provimento ao recurso extraordinário (f. 170/172), com base no art. 557, § 1º - A, do CPC, por decisão do Ministro Gilmar Mendes, que fundamenta que a declaração de inconstitucionalidade só pode ser feita pela Corte Superior deste TJMG, pelo que determinou o "... retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a fim de que o pleito seja submetido ao órgão competente".

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 201/209, levantando preliminar pela rejeição do incidente, ao argumento de que o princípio da reserva de plenário vai de encontro ao sistema de controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, que asseguraria a qualquer juiz ou tribunal e aos órgãos fracionários dizer sobre a inconstitucionalidade no caso concreto.

No mérito, no entanto, opinou pelo acolhimento do incidente.

Com efeito.

Ao contrário da tese esgrimida pela Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do incidente por verificar que, efetivamente, os tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial, nos termos dos arts. 97 da CF, e 481, parágrafo único, do CPC.

Rejeito a preliminar.

Tenho, por outro lado, de reconhecer a relevância da argüição para realizar, de forma concentrada, o controle de constitucionalidade da Lei Estadual nº 13.803/00, mesmo porque as ações diretas ajuizadas perante esta Corte - como noticiado na certidão do Cafes (f. 237) - não chegaram ao julgamento do mérito.

Daí que conheço do incidente.

De fato, o tema debatido não é novo neste Tribunal, pelo que me filio à corrente que entende inconstitucional a lei estadual que busca disciplinar a partilha do ICMS nas operações resultantes da produção e venda de energia elétrica entre os municípios cujos territórios são parcialmente alagados pelos reservatórios de água.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 45

Dispõe o art. 3º da Lei nº 13.803/00:

> Art. 3º - Para se estabelecer o valor adicionado relativo à produção e à circulação de mercadorias e à prestação de serviços tributados pelo ICMS, quando o estabelecimento do contribuinte do imposto se estender pelos territórios de mais de um município, a apuração do valor adicionado será feita proporcionalmente, mediante acordo celebrado entre os municípios envolvidos e homologado pela Secretaria de Estado da Fazenda.
> § 1º - Com relação às operações de circulação de energia elétrica, entendem-se como estabelecimento de usina hidrelétrica as áreas ocupadas pelo reservatório de água destinado à geração de energia, pela barragem e suas comportas, pelo vertedouro, pelos condutos forçados, pela casa de máquinas e pela subestação elevatória.
> § 2º - O valor adicionado relativo a usina hidrelétrica cujo estabelecimento ocupe território de mais de um município será creditado conforme os seguintes critérios:
> I - 50% (cinqüenta por cento) ao município onde se localizarem a barragem e suas comportas, o vertedouro, os condutos forçados, a casa de máquinas e a estação elevatória e, no caso de um ou alguns desses componentes se situarem em território de mais de um município, o percentual será dividido em tantas partes iguais quantos forem os municípios envolvidos, a cada qual se atribuindo uma delas;
> II - 50% (cinqüenta por cento) aos demais municípios, ao município sede a que se refere o inciso I inclusive, respeitada a proporção entre a área do reservatório localizada em território do Estado e a localizada em cada município, de acordo com o levantamento da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel -, sem prejuízo de termo de acordo a ser celebrado entre os municípios.

Verifica-se a inconstitucionalidade dos dispositivos destacados ao confrontá-los com o art. 158, IV, parágrafo único e inciso I, da CF/88, que estabelece pertencer aos municípios vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do ICMS, sendo que, desse percentual, três quartos, no mínimo, serão creditados ao município onde tiver ocorrido o aludido "valor adicionado".

Esse "valor adicionado" é como se fosse um "pagamento" que o município recebe por fomentar, em seu território, a circulação da mercadoria.

Diante disso, se mostra inconstitucional a lei estadual que dispõe de forma diversa daquela contida no texto constitucional.

A propósito:

> Tributário e financeiro. Mandado de segurança. Energia elétrica. Repartição do ICMS. Valor Adicionado Fiscal (VAF). Critério territorial. Local do fato gerador do imposto. Município sede da usina hidrelétrica. Compensação aos municípios inundados, formadores do complexo de águas, através de royalties.
> - 1. O fato gerador do ICMS é a saída do estabelecimento produtor da energia elétrica, e não a formação do lago.
> - 2. A utilização de água situada em município diverso daquele em que está a sede do estabelecimento onde ocorre a operação tributária não confere direito à participação no ICMS a outra unidade da federação.
> - 3. É inconfundível a geração de energia elétrica com a reserva de água, eis que esta, represada, não revela fato econômico na órbita tributária.
> - 4. A compensação aos municípios inundados, pela perda de seus territórios, é feita através de royalties. Precedentes.
> - 5. Recurso especial conhecido, a que se negou provimento (STJ, 1ª T., REsp nº 401.998/MG, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 24.03.2003).

E ainda:

> ICMS. Geração de energia. Local do fato gerador. Compensação.
> - O fato gerador é a saída do estabelecimento produtor de energia elétrica, e não de formação do lago. A compensação aos Municípios, pela perda de seus territórios, é feita através de royalties.
> - É inconfundível a usina geradora de energia elétrica com o reservatório de água. Recurso provido (STJ, 1ª T., MS nº 5.823-9/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* de 04.09.1995).

Neste Tribunal, o precedente de relatoria do Des. Pinheiro Lago, no MS nº 1.0000.00.194558-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 46

3/000, reportando-se à legislação estadual do mesmo teor da aqui discutida, assim consignou:

> Dessarte, como no caso em tela o ora impetrante configura-se como município-sede da Usina Hidrelétrica de Itumbiara, a Resolução nº 3.057/2000, baixada pelo Estado de Minas Gerais, está a lhe ferir direito líquido e certo, amparado por nossa Carta Magna, Constituição Estadual, bem como Lei Complementar nº 63/90. Com tais considerações, concedo a segurança pretendida, deixando de aplicar a Lei nº 12.423/96, que, acrescentando ao art. 3º da Lei nº 12.040/96 os §§ 1º e 2º, alterou o modo de cálculo dos índices do VAF, repercutindo na definição do montante do repasse de ICMS aos municípios mineiros, por considerá-la inconstitucional, pela via difusa, declarando ainda a ilegalidade da Resolução nº 3.057/00.

Em conseqüência, perde a eficácia a Resolução nº 3.217, de 27 de dezembro de 2001, porque baseada naqueles dispositivos da Lei Estadual cuja inconstitucionalidade ora se declara.

Pelo exposto, por constatar a patente divergência entre o teor da Lei Estadual nº 13.803/00, que estende a definição de apuração do adicional de valor, de modo a beneficiar os municípios em que se situam os reservatórios de água, e os critérios de repartição das receitas previstos no art. 158 da CF, hei por bem acolher o incidente para declarar a inconstitucionalidade na Lei nº 13.803/00.

É como voto.

O Sr. Des. Sérgio Resende - De acordo.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - De acordo.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - De acordo.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. Carreira Machado - De acordo.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - De acordo.

O Sr. Des. Célio César Paduani - De acordo.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - De acordo.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - (Ausente)

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo.

O Sr. Des. Duarte de Paula - De acordo.

O Sr. Des. Alvimar de Ávila - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Tenho lembrança de que já foi apreciada ação direta de inconstitucionalidade de matéria absolutamente idêntica à dos autos em julgamento, em sessão realizada em 26.01.2001, de Relatoria do próprio Desembargador Cláudio Costa, Processo nº 1.0000.00.162276-0/000, oportunidade em que o art. 5º, § 3º, incisos I, II e III, da Resolução nº 2.901, de 16.03.1998, foi declarado *incidenter tantum*, incompatível com a Constituição da República, com publicação em 31.10.2001.

Não obstante, estou de acordo com o Relator ao acolher o presente incidente e declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.803/00.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - Sr. Presidente. Dou-me por suspeito para participar deste julgamento.

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

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 47

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM O INCIDENTE.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 48

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 49

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - SUPOSTO PAI - MORTE - PATERNIDADE - PROVA - INVESTIGANTE - DIREITO À HERANÇA - RESERVA DE BENS - MEDIDA CAUTELAR CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Ação investigatória de paternidade e medida cautelar contra alienação de bens.

- Se procedente a investigação de paternidade, é óbvio que a parcela hereditária deve ser entregue. O simples acionamento dessa ação já sugere o bloqueio da parcela dos bens para aguardo da decisão. Ora, se procedente, o direito à herança é inquestionável. Se os componentes do espólio têm conhecimento da proposição da investigatória e alienam bens, sem o resguardo da parcela que poderá ser do investigante, configuram-se detentores de má-fé.

Nego provimento.

APELAÇÃO CÍVEL n° 1.0382.03.029172-0/001 em conexão com a APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0382.03.035091-4/004 - Comarca de Lavras - Apelantes: A.L.T.V. e outros, herdeiros de A.T.S. - Apelado: A.T.S. - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 3 de abril de 2007. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Manoel de Souza Barros Neto.

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Ouvi, com toda atenção que sempre mereceu, o ilustre e abalizado advogado, Dr. Manoel de Souza Barros Neto.

Meu voto é o seguinte.

Conheço dos dois recursos (que serão apreciados neste voto), sendo o primeiro a ação de investigação de paternidade, e o segundo, pela ordem de julgamento, a medida cautelar contra alienação de bens, incidental na ação de investigação de paternidade (acima referida).

A ação investigatória de paternidade, manejada pela apelada, continua sua pachorrenta *via crucis*. Já houve ação investigatória de paternidade anulada pelo fato de não estar cumulada com o pedido anulatório do nome do pai civil (e não biológico).

Em decorrência, nova (a presente) ação investigatória de paternidade foi processada e, como a outra, julgada procedente.

Agora, além de a prova oral ter sido mantida robusta, ainda foi realizado o exame de DNA (f. 434), que conclui pela paternidade invocada, registrando-se o fato de que tal exame foi possível por exumação cadavérica do investigado, visto que seus herdeiros se negaram a se submeter à coleta de sangue para tal.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 50

A meu sentir, a ação foi perfeitamente conduzida, inclusive com a coleta de provas, e a decisão pareceu-me irretocável. A par disso, também há a eficiente participação do Órgão Ministerial, na pessoa do Promotor Dimas Messias de Carvalho.

Decidida a questão investigatória, inclusive com o resultado do DNA, os herdeiros, ora apelantes, aduzem na peça recursal a preliminar de nulidade processual, pois os cônjuges dos herdeiros não foram citados.

Essa preliminar é curiosa e de aspecto totalmente procrastinatório. Primeiro, porque a ação investigatória é de ser movida contra os herdeiros, e não contra o espólio; segundo, porque a citação de todos está perfeita (f. 275-v. e 300); terceiro, porque o autor não fez prova alguma de que são casados com comunhão de bens, e, com a comunhão parcial, os bens de herança não se comunicam. Logo, nenhum interesse traduz a preliminar. Os advogados dos herdeiros do investigado deveriam ter alegado à época certa ou agravado, e não o fizeram. É verdade que tal argüição pode ser feita em qualquer época processual. Entretanto, i*n casu*, ela não tem sustentação jurídica, razão pela qual a rejeito.

No mérito, a questão é de uma singeleza total. As provas oral, documental e pericial convergem para um mesmo ponto, que é o reconhecimento da paternidade. O investigado era viúvo; a mãe da autora, embora com dois filhos pequenos, passou a conviver com o investigado, que, inclusive, montou casa para ela. Não se pode deixar de mencionar dois fatos: a mãe da investigante não teve contra ela nenhuma pecha de mau comportamento, e, se o investigante era homem de grande respeitabilidade e honradez na comarca, como disseram seus atentos advogados, por certo estava sabendo o que queria. Por fim, como pá de cal na questão, o exame do DNA positivo.

Assim, nego provimento à apelação na parte recursal da ação investigatória de paternidade, mantendo a sentença. Com relação aos ônus sucumbenciais e custas, incluindo-se as despesas periciais, poderão ser compensados até na parte da herança.

Com relação à medida cautelar contra alienação de bens incidental na ação investigatória de paternidade, apensa, a decisão mais do que simples é decorrencial. Se a ação investigatória de paternidade foi julgada procedente, o direito à herança, havendo essa, é, como dito, decorrencial.

Assim, nego provimento à apelação dos herdeiros, mantendo a sentença, pois lógica de precaução e prevenção, registrando que, nos dois recursos, a decisão que profiro, se acompanhado pelos meus ilustres Pares, tem a anuência da douta Procuradoria de Justiça.

Sintetizando, nego provimento a ambas as apelações.

O Sr. Des. Nilson Reis - Sr. Presidente.

Também ouvi com atenção a palavra do ilustre Dr. Manoel de Souza Barros, grande advogado, que enriquece a nobre classe dos advogados.

Também rejeito a preliminar.

Entendo que o juiz pode bloquear percentual de possível herança do autor da ação de investigação de paternidade, até mesmo no poder geral de cautela, porquanto, se julgado procedente o pedido, já estaria garantida a herança. Se procedente, estar-se-ia operando a partilha entre os herdeiros naturais, não provocando prejuízo para qualquer das partes.

Na esteira do entendimento doutrinário e assentamentos jurisprudenciais, coloco-me de acordo com Vossa Excelência.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Sr. Presidente.

Também entendo que ficaram comprovadas as alegações contidas na incial, no referente à ação investigatória de paternidade, e tal ação vem se arrastando há muito tempo, não

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 51

sendo possível maior protelação, pelo que também nego provimento a ambas as apelações na esteira do voto do eminente Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES.

-:::-

INDENIZAÇÃO - PLANO DE TELEFONE MÓVEL - MIGRAÇÃO - TITULAR DA LINHA - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - SERASA - NOME DO CONSUMIDOR - INSCRIÇÃO INDEVIDA - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - VALOR - FIXAÇÃO

Ementa: Apelação. Ação de indenização. Migração de plano de telefone móvel sem autorização da titular da linha. Impossibilidade. Inscrição indevida do nome do consumidor em órgão restritivo de crédito. Dano moral oriundo da mera inclusão. *Quantum* indenizatório. Prudente fixação pelo juiz.

- Certo é que a empresa prestadora de serviço telefônico é quem possui, consoante o princípio da aptidão da prova, condições de provar que o usuário autorizou migração de plano de seu celular. Assim, não tendo sido juntado documento em que conste a assinatura do autor requerendo o serviço, deve responder a prestadora por eventual fraude ocorrida mediante o uso do nome do usuário, uma vez que deve arcar com os riscos de sua atividade.

- Devida é a indenização por danos morais àquele que tem seu nome negativado indevidamente perante os órgãos protetivos do crédito, haja vista que em hipótese tal indubitavelmente houve lesão à sua honra, uma vez que lhe foi atribuída injustamente a pecha de mau pagador.

- Objetivando a indenização extrapatrimonial alcançar propósitos pedagógicos e não se tornar aviltante, ou mesmo fonte de enriquecimento do beneficiário, deverá o magistrado valer-se da prudência para arbitrá-la.

APELAÇÃO CÍVEL n° 1.0035.05.054077-8/001 - Comarca de Araguari - Apelante: Adriana Gonçalves do Amaral - Apeladas: Telemar Norte Leste S.A., TNL PCS S.A. - Relator: Des. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2007. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Dídimo Inocêncio de Paula - Trata-se de recurso de apelação aforado contra sentença da lavra do ilustre Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Araguari/MG (f. 156/164), proferida nos autos da ação de indenização promovida por Adriana Gonçalves do Amaral em face de Itaucard Financeira S.A. Crédito, Financiamento e Investimento, Telemar Norte Leste S.A. e TNL PCS S.A.

Em suas razões, sustenta a recorrente que devem ser majorados os danos morais fixados contra a Telemar, devendo, ainda, ser julgados procedentes seus pedidos em relação à ré TNL PCS S.A., uma vez que não autorizou a transferência de planos do celular que permutou com sua prima, mormente por não ter logrado regularizar referida permuta perante a

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 52

prestadora de serviços de telecomunicação móvel. Sustenta, assim, que sua inscrição na Serasa foi irregular, devendo ser indenizada por tal fato, bem como cancelada a dívida existente em seu nome perante referida suplicada.

Recurso respondido pela Telemar Norte Leste S.A. às f. 185/192 e pela TNL PCS S.A. às f. 208/214.

É o breve relato.

Em sede da preliminar, tecida nas contrarazões apresentadas pela Telemar Norte Leste S.A., de intempestividade do apelo, não vejo como acolhê-la, uma vez que, ao contrário do que foi afirmado pela recorrida, o apelo foi protocolado em 11.08.2006, e não em 17.08.2006, consoante se vê da chancela mecânica de f. 165.

Rejeito, portanto, a preliminar de intempestividade.

Conheço, portanto, do recurso, pois que tempestivo e presentes os demais pressupostos de sua admissibilidade; ausente o preparo, por estar a apelante a litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Examino, por primeiro, o pedido de declaração de inexistência de débito c/c indenização dirigido contra a TNL PCS S.A.

Argumenta a apelante que jamais autorizou a transferência do plano Oi Controle para o plano convencional do celular habilitado em seu nome, tendo-o permutado com sua prima, sem, entretanto, formalizar a permuta, por exigir a prestadora de serviços a presença de ambas as partes em seu estabelecimento.

Requer, assim, a declaração de inexistência da dívida gerada mediante a afamada mudança de plano, bem como a fixação dos danos morais que teria sofrido em razão da irregular inscrição de seu nome nos órgãos de restrição ao crédito.

Cediço é que a prestação dos serviços de telecomunicação vem se tornando cada dia mais célere e menos onerosa.

Não se desconhece que tal celeridade e barateamento na atividade exercida pelas empresas prestadoras de serviço telefônico se devem principalmente à desburocratização, primando essas empresas pelo informalismo na solicitação de qualquer espécie de serviço, realizada por via de telefone.

E não se pode perder de vista que essa eficiente prestação de serviço atende também ao voraz apetite capitalista das empresas privadas, que auferirão mais lucros à medida que mais clientes obtiverem.

Dito isso, no caso dos autos, a apelada, consoante o princípio da aptidão da prova, era a única que possuía condições de provar que a apelante efetivamente requisitou a migração de seu plano Oi Controle para o plano convencional.

Ora, a facilidade que a desburocratização trouxe aos usuários criou, também, o problema da possibilidade de ocorrência de fraude, com a indevida utilização por outrem de nome e CPF para requisição de serviços telefônicos.

Dessa forma, somente a recorrida é que possui condições de provar que conferiu os dados, os documentos e a assinatura da recorrente quando da alteração de planos.

Portanto, caberia a ela, e somente a ela, a juntada aos autos do documento no qual constasse a assinatura da recorrente, uma vez que somente ela o possui, já que a apelante diz nunca ter autorizado referida alteração.

Ademais, ao dispensar maiores formalidades na celebração de contrato de prestação de serviço, a recorrida deve assumir os riscos de sua atividade perante os consumidores, consoante o CDC.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 53

Isso posto, vale ressaltar, ainda, que a apelada presta serviço público, sendo que a posição com a qual comungo é no sentido de que a responsabilidade das empresas privadas prestadoras de serviço público perante os usuários em casos tais é objetiva, conforme o disposto no art. 37, § 6º, da CF/88.

Nem se argumente que o fato de a autora ter celebrado uma permuta de seu celular com o de sua prima elida a responsabilidade da ré pela desautorizada migração de planos; isso porque é óbvio que os riscos assumidos pela suplicante ao realizar a aludida permuta se restringem à situação de seu celular no momento em que o trocou com sua prima, ou seja, o que foi permutado foi um celular que opera com o plano Oi Controle.

Ademais, se a troca não foi formalizada perante a TNL PCS S.A. justamente porque ambas as partes não estavam presentes, é justo que se exigisse também a presença da apelante para a alteração de planos, já que o telefone continuava em seu nome quando foi alterado o plano para o convencional.

Assim, é induvidosa a necessidade de declaração de inexistência de débito da requerente perante a ora ré, fazendo-se inarredável também sua indenização em virtude da indevida inclusão de seu nome nos órgãos restritivos de crédito.

Com efeito, em face da ofensa à imagem e ao bom nome daquele que teve seu nome indevidamente inscrito no rol dos maus pagadores, uma vez que não há nos autos prova de que requisitou o serviço que originou a inscrição, restou caracterizada a ocorrência de dano moral e o direito à percepção de indenização.

Cediço é, ademais, que a simples inserção indevida do seu nome nos cadastros de restrição ao crédito faz presumir, por si só, o dano moral, consistente na honra arranhada e na vergonha resultante da atribuição àquele que tem seu nome inserido na Serasa da pecha de inadimplente; ora, o prejuízo moral sofrido pela parte se revela na desconfiança sobre sua honestidade, causando-lhe angústia e aflição.

Dessarte, tenho que presentes se encontram os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, lembrando-se que, por se tratar de responsabilidade objetiva, deve o causador responder pelo dano independentemente de culpa.

Trago à baila vasto entendimento jurisprudencial sobre o tema:

> Consumidor - Danos morais - Solidariedade das empresas de telefonia (Brasil Telecom e Embratel) - Captação de clientela através de disponibilização de contrato por atendimento telefônico - *Call center* - Celebração de contrato entre a empresa e terceira pessoa, em nome do recorrido, que não tinha conhecimento do fato - Posterior negativação do nome do recorrido em virtude de débitos decorrentes daquele contrato firmado entre a empresa e terceiro - Restrições cadastrais decorrentes da negativação - Ausência de notificação para a inscrição no cadastro - Culpa exclusiva de terceiro não configurada - Existência de dano moral - Valor da indenização.
>
> 1. Objetivando captação de clientela através de disponibilização de contrato por atendimento telefônico, a recorrente Brasil Telecom celebrou com terceira pessoa, que não o recorrido, mas em nome deste, contrato de adesão de prestação de serviços telefônicos sem o conhecimento daquele.
>
> 1.1. A recorrente Embratel, por seu turno, procedeu à negativação do nome do recorrido diante da ausência de pagamento pelos serviços prestados e relativos àquela linha telefônica.
>
> 1.2. Outrossim, o recorrido somente veio a saber que possuía uma linha telefônica instalada quando necessitou de crédito junto à praça, quando teve a infeliz notícia de que seu nome estava negativado, por determinação da segunda recorrente, por suposto débito, proveniente de contrato firmado com a primeira recorrente de linha telefônica.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 54

2. Com o intuito de captar cada vez mais clientes, a recorrente Telecom instalou o serviço *call center*, o que muito reduz os custos do negócio em função da redução de postos de atendimento.
2.1. Contudo, tal redução é inversamente proporcional aos sérios danos causados aos consumidores, que, em função de ato da recorrente e de terceiros, acabam sendo negativados indevidamente, faturas indevidas são-lhe apresentadas, etc.
3. A simples inscrição do nome do consumidor em malsinados órgãos de proteção ao crédito sem comunicação prévia e por escrito rende ensejo à reparação de danos morais.
4. O dano moral, ao contrário do material, que exige prova estreme de dúvidas e objetiva o restabelecimento das coisas ao *status quo ante*, não exige prova, bastando, apenas, a demonstração do ilícito e injusto, mesmo porque seria subestimar por demais o amor inerente ao sentimento humano exigir que alguém faça a prova de sua humilhação, constrangimento ou vexame, laborando em lamentável equívoco aqueles que entendem o contrário.
5. Para a fixação do *quantum* relativo aos danos morais, deve o juiz atentar às circunstâncias da causa, ao grau de culpa do causador, às conseqüências do ato, às condições econômicas e financeiras das partes, objetivando compensar a vítima pelo sofrimento experimentado e servindo também de admoestação ao seu causador, procurando-se inibir repetição de situações como a dos autos.
6. Sentença mantida por seus próprios e irrespondíveis fundamentos (TJDF, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Acórdão nº 193474, Relator João Egmont Leôncio Lopes, data de julgamento: 26.05.2004).

Consumidor. Inscrição indevida no SPC. Dano moral. Cabimento. Indenização.
1. Apesar de o Código Civil consagrar a liberdade de contratar, incumbe ao fornecedor comprovar, quando suscitada dúvida, a existência efetiva de pacto entabulado com o consumidor.
2. A facilitação dos meios de contratação dos serviços das empresas de telefonia, através de simples contato telefônico, arregimenta milhares de consumidores, mas propicia a ocorrência de fraude, cujos danos decorrentes devem ser suportados por quem aufere os lucros. *Ubi emolumentum, ibi onus*.
3. Os Juizados Especiais não devem fixar indenizações por danos morais em valores tímidos, principalmente quando o eg. TJDF as tem fixado no patamar de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e o colendo STJ as tem arbitrado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), mesmo porque a busca por justiça mais célere não pode significar a mitigação da dor e do sofrimento experimentado por quem se socorre dos Juizados Especiais.
4. A indenização no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais) é suficiente para servir de lenitivo ao autor e ser desestimulante à ré (TJDF, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Acórdão nº 183221, Relator Gilberto Pereira de Oliveira, data de julgamento: 23.09.2003).

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Responsabilidade civil configurada.
- Disponibilizando a ré aos consumidores a possibilidade de solicitarem a instalação de terminal telefônico ou outros serviços que presta através de ligação telefônica, assume os riscos daí advindos.
- Demonstrado que a inscrição do apelado em cadastros de inadimplentes se deu com base em dívida que, ao que se denota da documentação acostada aos autos, era decorrente de contrato de prestação de serviço que não se perfectibilizou, deve a apelante, que procedeu à inscrição indevida, indenizar os prejuízos extrapatrimoniais advindos do registro desabonador.
- Mantido o *quantum* indenizatório, fixado de acordo com os parâmetros adotados pelo Colegiado. Sentença mantida. Recursos improvidos (Tribunal de Justiça do RS, Quinta Câmara Cível, Apelação Cível nº 70006143143, Relatora Ana Maria Nedel Scalzilli, julgado em 13.05.2004).

No tocante à fixação do dano moral, lembro que para tanto deve o magistrado valer-se da prudência, para não aviltar a reparação ou enriquecer o beneficiário, em virtude de seu caráter subjetivo e consolador, levando-se em conta, para tanto, a situação econômica dos envolvidos, em consonância com a atual posição da jurisprudência pátria.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 55

Como sabido, a dificuldade de mensuração dessa espécie de prejuízo advém, primeiramente, de sua própria natureza, visto que decorre ele do sofrimento experimentado por alguém, no corpo ou no espírito, ocasionado, direta ou indiretamente, por ato ilícito de outrem.

Assim disciplina a jurisprudência a questão:

> O legislador não atribui parâmetros para a fixação do dano moral. Frente a isso, doutrina e jurisprudência têm-se posicionado na fixação de valores que não sejam irrisórios para o ofensor, nem causa de enriquecimento ilícito para o ofendido. Analisam-se, obviamente, as circunstâncias e as conseqüências de cada caso posto a julgamento, para se chegar ao *quantum debeatur* (TJMG, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2.0000.00.496079-4/000, Rel. Des. Unias Silva, j. em 16.12.2005).

> O valor do dano moral deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório para a parte que vai pagar nem consistir em fonte de enriquecimento sem causa para a vítima, exercendo as funções reparadora do prejuízo e preventiva da reincidência do réu na conduta lesiva (TJMG, 14ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.04.513029-1/001, Rel.ª Des.ª Heloísa Combat, j. em 22.09.2005).

É com base nesses argumentos que, com vistas a evitar a concessão de indenização desmesurada, sem embargo dos manifestos danos ocasionados pela inscrição indevida nos cadastros restritivos de crédito do nome da suplicante, entendo consonante com a lesão à esfera ética da ofendida o pagamento de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

Também entendo deva ser majorada a indenização a ser paga pela Telemar Norte Leste S.A. para o valor de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), pelos motivos acima expostos.

Ante todo o exposto, dou provimento ao apelo, para declarar inexistente o débito da autora perante a TNL PCS S.A., decorrente da migração de planos não autorizada, declarando, ainda, inexistente qualquer contrato nesse sentido. Condeno a ré, também, a retirar o nome da suplicante dos órgãos restritivos de crédito, baixando as anotações decorrentes dos fatos aqui narrados. Por fim, condeno as rés Telemar Norte Leste S.A. e TNL PCS S.A. ao pagamento à autora de indenização por danos morais no importe de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) para cada uma delas, sobre o qual deverão incidir juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, sem prejuízo da correção monetária, esta a partir da data do julgamento do presente recurso.

Condeno as rés ao pagamento das custas processuais - inclusive recursais - e honorários advocatícios, que fixo em R$ 600,00 (seiscentos reais) para cada uma das requeridas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Elias Camilo e Hilda Teixeira da Costa.*

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - VESTIBULAR - APROVAÇÃO - MENOR DE 18 ANOS - EXAME SUPLETIVO - PEDIDO DE INSCRIÇÃO - RECUSA - IDADE MÍNIMA - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - ENSINO - ACESSO A NÍVEIS MAIS ELEVADOS - ART. 208, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 56

Ementa: Reexame necessário. Administrativo. Mandado de segurança. Menor de 18 anos. Aprovação em concurso vestibular. Exame supletivo. Ensino médio. Inscrição. Recusa. Inoportunidade. Educação. Garantia constitucional. Possibilidade de realização do exame. Confirmação da sentença.

- Consoante a correta exegese, deve ser viabilizada ao adolescente já aprovado em concurso vestibular em instituição de ensino superior a realização de exame supletivo de nível médio, no intuito de obtenção do certificado de conclusão do segundo grau, a uma porque é assegurado aos estudantes o acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a capacidade individual (CF, art. 208, V); a duas porque é dever do Estado garantir aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à educação e à profissionalização (CF, 227, *caput*).

Confirma-se a sentença.

REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.05.573142-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da Vara de Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte - Autor: B.M.G.S., assistido pela mãe E.O.M. - Apelados: Diretora do Cesec - Centro Estadual Supletivo de Educação Continuada, Maria Vieira Barbosa - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Acórdão

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

Belo Horizonte, 10 de maio de 2007. - *Célio César Paduani* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Célio César Paduani - Trata-se de reexame necessário da sentença de f. 62/65-TJ proferida pelo Juiz da Vara Cível da Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos do mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por B.M.G.S., assistido por sua mãe E.O.M., contra ato atribuído à Diretora do Cesec - Centro Estadual Supletivo de Educação Continuada, Maria Vieira Barbosa, confirmou a liminar e concedeu a segurança para reconhecer o direito de o impetrante prestar o exame supletivo especial junto ao Cesec para fins de ingresso em faculdade.

Sem recurso voluntário (f. 68-TJ), os autos vieram a este col. Tribunal para o reexame necessário (f. 70-TJ).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 77/81-TJ, se manifestou pela confirmação da sentença no reexame necessário.

Fundamento e decido.

Conheço da remessa oficial, em face do disposto no art. 12 da Lei nº 1.533/51, apesar de o Sentenciante não ter remetido esses autos à apreciação superior, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Deflui dos autos que o ora apelado impetrou mandado de segurança contra ato da Diretora do Cesec, com a finalidade de se submeter a exame de conclusão do ensino médio, a fim de possibilitar sua matrícula em curso universitário.

Deflui dos autos que fora aprovado em processo seletivo para ingresso na Universidade "UniverCidade", entretanto, por ainda não ter completado a 3ª série do ensino médio, tentou realizar exame supletivo junto ao Cesec, para, com o diploma de conclusão de referido ensino, matricular-se.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 57

Todavia, alega ter havido recusa por parte da impetrada em submetê-lo à realização das aludidas provas para conclusão do ensino médio, tendo em vista não contar com dezoito anos completos, na forma do art. 38, § 1º, II, da Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96). Dessa forma, ou seja, com tal negativa, estaria impedido de matricular-se em curso universitário, alhures salientado.

O Magistrado *a quo* concedeu a segurança por entender que a restrição baseada em critério etário não se coaduna com o dever do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à profissionalização (art. 227 da CF/88), bem como por entender que tal restrição fere o princípio constitucional da isonomia.

A matéria é singela e não demanda maiores elucubrações, visto tratar-se de questão já conhecida por esta augusta Corte de Justiça.

Pois bem.

Nos termos dos arts. 205 e 206, ambos da Constituição da República, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, cuja transcrição legal orienta que:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
> I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Visto isso, é evidente que o direito líquido e certo do requerente restou efetivamente demonstrado, especialmente se considerarmos que é assegurado aos estudantes o acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a capacidade individual (CF, art. 208, V).

Aliás, é dever do Estado garantir aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à educação e à profissionalização, repita-se (CF, 227, *caput*).

Por seu turno, o col. Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos aos dos autos, já analisou a questão, sob o prisma do princípio da razoabilidade e necessidade de adoção de critérios que permitam avanços progressivos dos alunos, pela conjugação dos elementos de idade e aproveitamento; se não, vejamos:

> Recurso especial. Exame supletivo especial. Estudante menor de 21 anos. Art. 26, § 1º, da Lei nº 5.692/71. Inocorrência de violação. Aplicabilidade do art. 38, § 1º, II, da Lei nº 9.394/96. Novas diretrizes e bases para a educação.
> 1. Não obstante seja necessária a existência de uma legislação que normatize o acesso dos que não tiveram oportunamente a chance de cursar os cursos de 1º e 2º graus, deve-se tomar o cuidado de evitar ficar restrito ao sentido literal e abstrato do comando legal. É preciso trazê-lo, por meio da interpretação e atento ao princípio da razoabilidade, à realidade, tendo as vistas voltadas para a concretude prática.
> 2. Ainda que o art. 26, § 1º, da Lei 5.692/71 disponha como condição à conclusão do curso supletivo a complementação da idade mínima de 21 anos, esta mesma lei, em seu art. 14, § 4º, estatui que: 'Verificadas as necessárias condições, os sistemas de ensino poderão admitir a adoção de critérios que permitam avanços progressivos dos alunos pela conjugação dos elementos de idade e aproveitamento'; e a Lei nº 9.394/96, em seu art. 38, § 1º, II, reduziu o limite de idade para fins de prestação do exame supletivo de 2º grau.
> 3. *In casu*, a estudante prestou o exame supletivo especial e efetivou a matrícula por força da liminar concedida, já estando cursando provavelmente o 4º ou 5º período do Curso de Direito. Não se deve reverter a situação consolidada sob pena de se contrariar o bom senso. Estando em conflito a lei e a Justiça, o julgador deve estar atento ao atendimento desta última (1ª T., REsp nº 194782/ES, Rel. Min. José Delgado, j. em 9.2.99, *DJ* de 29.3.99).
>
> Administrativo. Mandado de segurança. Curso supletivo. Idade mínima para o ingresso. Conclusão. Aprovação em vestibular e

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 58

> freqüência ao curso de Letras durante seis semestres. Situação jurídica irreversível. Descabida a declaração de ineficácia do certificado de conclusão do 2º grau. Provimento do recurso.
> I - Tendo a aluna ingressado no curso supletivo, quando faltava apenas uma semana para completar a idade mínima exigida, não é admissível declarar-se ineficaz o seu certificado de conclusão do 2º grau, depois de já ter sido aprovada em vestibular e cursado seis semestres do curso de Letras, em universidade federal.
> II - Na hipótese, tendo percorrido a aluna penoso caminho para galgar aprovação no vestibular e cursos já realizados, estando tão próxima da conclusão de curso superior, descabida a imposição tão rigorosa, verdadeira punição, que desestimula o acesso aos níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada um, com inobservância a preceito constitucional (art. 208, V, da CF).
> III - Recurso a que se dá provimento, para conceder a segurança. Decisão unânime (1ª T., ROMS nº 8.353/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. em 11.12.97, *DJ* de 02.03.98, p. 11).

No mesmo sentido, confira-se a orientação deste eg. Tribunal de Justiça:

> Mandado de segurança - Curso supletivo - Legitimidade passiva *ad causam* - Idade mínima para exames - Aprovação em vestibular e freqüência ao curso superior - Situação jurídica irreversível. - É hoje pacífica a admissibilidade de mandado de segurança contra diretor de estabelecimento particular de ensino, no exercício de função delegada do Poder Público. Súmula 510/STF. Na aplicação do art. 38, § 1º, II, da Lei 9.394/96, que estabelece a idade mínima de dezoito anos para exames supletivos, não se pode perder de vista o princípio da razoabilidade, como também a norma do art. 208, V, da CF/98 e do art. 14, § 4º, da Lei 5.592/71, que garantem o acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um, como também incentivam avanços progressivos dos alunos pela conjugação dos elementos de idade e aproveitamento. A matrícula em curso de ensino superior, assegurada por decisão judicial, após exame vestibular prestado há dois anos, sem prejuízo de terceiro, não deve ser revertida, em obséquio ao fato consumado e ao bom senso (Apelação Cível nº 2.0000.00.388898-2/000, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, *DJ* de 15.10.2003).

Sendo assim, conforme salientado pela Procuradora-Geral de Justiça em seu parecer:

> ... se o impetrante demonstrou condições para cursar o ensino de nível superior, não se mostra lógico, justo, nem razoável tenha o mesmo restrito o seu acesso a exames que lhe possibilitariam a obtenção de certificado de conclusão do 2º grau. Ademais, é dever do Estado garantir ao cidadão o acesso aos níveis mais elevados de ensino (CF, art. 208, V), não especificando o texto constitucional a idade para a ascensão a tais níveis de escolaridade (*sic*).

Confirmo a sentença.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Audebert Delage e Dárcio Lopardi Mendes.*

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

GUARDA DE MENOR - MÃE - ASSASSINATO DO PAI DOS MENORES - RÉ CONFESSA - AUSÊNCIA DE JULGAMENTO - AVÓ PATERNA - GUARDA DEFINITIVA - PEDIDO - IMPROCEDÊNCIA - INTERESSE DO MENOR - MÃE - EXERCÍCIO DO PÁTRIO PODER - ESTUDOS PSICOSSOCIAIS FAVORÁVEIS

Ementa: Ação de guarda. Genitora. Ré confessa do assassinato do pai dos menores. Crianças sob os cuidados da avó paterna. Pedido de guarda definitiva. Improcedência. Direito das crianças de viverem no seio da família natural e usufruir do convívio materno. Genitora que reúne

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 59

perfeitas condições de criar e educar os filhos, apesar da tragédia envolvendo a morte do companheiro. Crianças submetidas a fortes pressões psicológicas por parte da avó paterna com relação à mãe. Prejudicabilidade comprovada. Provimento.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0672.02.080641-6/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: L.P.F. - Apelada: M.J.S. - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Acordão

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, 31 de maio de 2007. - *Schalcher Ventura* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Trata-se de ação de guarda instaurada pelo Ministério Público, como substituto processual, em favor de M.J.S, contra L.P.F., pleiteando a guarda dos menores I.C.F.S. e J.P.F.S., netos da postulante.

A sentença julgou procedente o pedido, para suspender o poder familiar que L.P.F. exercia sobre os menores para conceder a M.J.S. a guarda definitiva dos mesmos.

Inconformada, L.P.F. interpôs o presente recurso de apelação pela reforma da sentença, a fim de que os menores permaneçam sob a guarda da mãe, ora apelante, alegando, em síntese, que a decisão contraria o interesse dos menores, que, por diversas vezes, no decorrer da ação, manifestaram a vontade de ficar com a genitora, não sendo outra a opinião dos profissionais que atuaram na causa, conforme comprovam os laudos dos estudos psicossociais realizados.

Em contra-razões, a apelada refuta as alegações dos recorrentes, pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento parcial do recurso.

Em diligência, este Relator determinou a baixa dos autos à comarca de origem para que se proceda a um novo estudo psicossocial da infante I., cujo laudo se encontra acostado aos autos às f. 348/353.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Data maxima venia, tenho que está a merecer reforma a d. sentença recorrida.

A doutrina do direito do menor busca preservar, prioritariamente, os interesses da criança, dispensando especial atenção à sua formação e integridade física e moral.

Tem-se que, no exame da guarda do menor, deve prevalecer, sobre quaisquer direitos dos pais, o seu bem-estar. A preocupação de melhor atender aos interesses da criança deve ser a única inspiração do julgador em situações como esta.

Neste contexto, não tenho dúvidas de que o que melhor atende aos interesses dos menores I.C.F.S e J.P.F.S é estarem sob os cuidados da genitora, ora apelante.

Analisei minuciosamente os autos, assim como a documentação nele acostada e não encontrei razões para suspender o pátrio poder da apelante e impedir que os menores sejam criados e educados pela própria mãe.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 60

O fato de a recorrente estar sendo processada pelo assassinato confesso de seu marido, pai dos menores, não a impede de exercer a maternidade com sabedoria, amor e responsabilidade.

Não obstante tenha admitido a culpa, a apelante ainda não foi condenada e pode, inclusive, não vir a ser; não me parecendo justo, nem tampouco razoável, manter crianças de idades tão tenras afastadas do convívio e do aconchego materno, fundado no temor de a genitora, eventualmente, no futuro, vir a ser condenada e ter restringido o seu direito de liberdade.

O conjunto probatório dos autos revela que a apelante sempre se portou como uma mãe amável, zelosa, dedicada aos filhos, não deixando, dentro de suas possibilidades, nada lhes faltar.

Os estudos psicossociais realizados no decorrer da ação sempre se mostraram favoráveis ao exercício da guarda pela apelante, acreditando que sua presença seja salutar para os filhos (f. 26/27, 89, 166/167), e, muito embora tenha, ao final, decidido pela suspensão do pátrio poder familiar, o ilustre Sentenciante deixou consignada, no corpo da sentença (f. 268), a certeza quanto às qualidades da recorrente como mãe. Se não, vejamos:

> (...) Por tudo isso, ainda que, por hipótese, L. fosse ou seja, em plenário do Júri, condenada, este juízo não descartaria, ainda assim, a viabilidade de se lhe conceder a guarda dos filhos, já que - nos autos - pode-se bem dizer que ninguém duvida do carinho, do apreço e do cuidado que L. dedica aos filhos. Relativamente àquelas declarações e ressentimentos, a princípio, nada se pode atribuir aos menores, que, ao contrário, demonstram carinho pela mãe, embora sentimentos confusos e compreensivelmente contraditórios se lhes abatam, em razão das igualmente contraditórias versões que cada parte lhes impõe. (...)

Pelo que se extrai dos autos, o crime cometido pela apelante foi um ato isolado, resultado de uma vida conjugal tumultuada pelas agressões que a recorrente sofria do marido, ao que tudo indica, usuário de álcool e drogas e com uma vasta lista de antecedentes criminais

Não estou aqui, em absoluto, querendo justificar o erro cometido pela apelante, apenas contextualizá-lo.

Não se trata, à evidência, de uma marginal, de uma pessoa que vive no mundo do crime, desprovida de valores e capaz de colocar em risco a vida e a formação moral dos filhos. Quem não foi uma boa esposa pode ser, sim, uma excelente mãe.

E é esta a realidade que os autos nos trazem: a de uma mãe trabalhadora, dedicada, preocupada com o bem-estar físico e emocional dos filhos, enfim, uma mulher equilibrada, que, sobretudo, ama os filhos, reunindo, portanto, todas as condições para o exercício do pátrio poder.

Como se não bastassem as razões acima expostas, extrai-se dos autos que não é outro o desejo das crianças, senão o de estarem sob os cuidados da mãe. Os sentimentos são, compreensivelmente, confusos. Não poderia mesmo ser diferente, afinal, vivem num ambiente dominado pela mágoa e pelo ressentimento que a avó paterna e os tios nutrem pela sua genitora, o que, a meu ver, por si só, já é o suficiente para o indeferimento do pedido inicial, *data venia*.

Em todos os estudos sociais realizados no decorrer da ação - e foram vários -, os profissionais foram categóricos ao ressaltarem os prejuízos de ordem emocional que vêm suportando os menores por viverem dentro de um ambiente cheio de amargura, chegando a sugerir, inclusive, que as crianças ficassem sob os cuidados de alguma pessoa da família materna (f. 229/233).

Recentemente, determinei que os autos fossem baixados em diligência e realizado novo

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 61

estudo social (f. 348/353), a fim de melhor avaliar a situação atual das partes e das crianças, assim concluído:

> (...) Observamos, ao estudar os autos, em entrevista com as crianças e em visita domiciliar, que I. e J.P. - não presentes no momento da visita, pois estavam em Curvelo com sua genitora – vivenciam, desde a morte de seu genitor, um ambiente de ressentimentos desfavorável ao seu bom desenvolvimento psíquico e social, o que também já foi observado por outros técnicos, conforme acima ilustrado.
>
> Cabe ressaltar que as crianças ainda possuem pouca idade: 06 e 07 anos, estando a nosso ver prejudicadas emocionalmente diante das colocações sobre a morte do pai, por parte da avó paterna. Motivo este que poderia levar I. ao comportamento de apatia, tristeza e dispersão relatado pela escola onde estuda, na pessoa da professora Creusa, f. 344.
>
> A Sr.ª M.J. deprecia a genitora de seus netos na presença dos mesmos, além de também demonstrar uma preferência por J.P., chegando a chamar a neta de burra: 'ele é inteligente que só vendo. Agora ela é burra, não sabe nem fazer os para casa da escola'. Na oportunidade, ressaltamos as qualidades dos dois, sem predileção a I. ou J.P., no intuito de que a menina não se sentisse inferior ao irmão. (...)

Por todo o exposto, não restam dúvidas de que a ausência da figura materna, somada ao nefasto convívio com a família do genitor, vem causando prejuízos imensuráveis aos menores, que, injustamente, estão afastados da mãe desde 2002, quando poderiam estar usufruindo dos benefícios do aconchego e do carinho materno, salutares para os infantes, mormente depois da tragédia envolvendo a morte do pai.

Dessa forma, renovando o pedido de vênia, tenho que o ilustre Colega laborou em erro ao manter duas crianças tão novas (à época o menor J.P. contava com apenas dois anos de idade) afastadas da genitora, que é uma mãe exemplar, pelo receio de que a mesma, eventualmente, possa vir a ser condenada e, por conseqüência, recolhida à prisão.

A apelante possui residência fixa, exerce atividade remunerada, quer ter os filhos consigo, porque os ama verdadeiramente, pelo que não vejo razão para impedi-la de exercer o pátrio poder.

Se, no futuro, vier a ser condenada, aí, sim, será o momento de entregá-los aos cuidados de terceiros, de preferência, da família materna, pelas razões acima mencionadas.

Com essas considerações, estou a dar provimento ao apelo, para reformar a d. sentença recorrida e julgar improcedente o pedido de guarda formulado por M.J.S.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Kildare Carvalho* e *Manuel Saramago.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PROPRIEDADE - AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA - PEDIDO - ABANDONO DE ÁLVEO - CARACTERIZAÇÃO DA AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA - AUSÊNCIA - DECRETO FEDERAL Nº 24.643/34 (CÓDIGO DE ÁGUAS)

Ementa: Pedido de aquisição originária de propriedade com base em abandono de álveo. Ausência de caracterização da aquisição originária. Recurso desprovido.

- Quando o álveo resulta de aluvião imprópria e é limitado por uma estrada pública, esses acréscimos serão públicos dominicais, nos termos do art. 17, parágrafo único, do Decreto Federal 24.643/34.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 62

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.392925-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Mauro Rodrigues de Lima e sua mulher - Apelado: Município de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2007. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes, o Dr. Maurício Franco Alves.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Ouvi, com atenção, a manifestação do douto advogado em prol dos apelantes.

Meu voto é o seguinte:

Trata-se de apelação apresentada por Mauro Rodrigues de Lima e sua esposa contra a r. sentença de f. 216/228, que julgou improcedente o pedido proposto em face do Município de Belo Horizonte, no sentido de declaração de aquisição originária de propriedade de área remanescente ou álveo abandonado, por conta da abertura da Av. Tereza Cristina.

Mediante as razões recursais de f. 224/237, os apelantes alegam, em síntese, que a sentença é nula por ser *extra petita* e que a área de 108,54 metros quadrados descrita na inicial é porção de terra que tem origem no álveo abandonado do Ribeirão Arrudas, em terreno adjacente à propriedade que lhes pertence, de forma que merecem a aquisição originária de tal área com fulcro nos arts. 1.252 do Código Civil e 27 do Código de Águas.

Conheço do recurso, porque atendidos seus pressupostos de admissibilidade.

De início, afasto a preliminar de nulidade da sentença, pois não foi *extra petita*, apenas fundamentou a improcedência do pedido no entendimento de que a área descrita na inicial não se trata de álveo abandonado e sim de aluvião imprópria, o que também não autoriza a declaração de aquisição originária da propriedade, em virtude da peculiaridade do caso em tela.

No mérito, também não merece reparo a r. sentença objurgada.

Resta como ponto incontroverso que o Ribeirão Arrudas foi alvo de obras de saneamento para construção da Av. Tereza Cristina.

Pelo que se infere do laudo pericial de f. 192/207, tais obras provocaram mudança no traçado primitivo do leito do referido rio, causando um aumento de 201 metros quadrados adjacentes ao terreno dos apelantes.

Contudo, ao contrário do alegado no bojo das razões recursais, não está caracterizada a figura do álveo abandonado prevista pelo art. 1.252 do Código Civil, mas da aluvião imprópria ou aterro, segundo os arts. 16 a 18 do Código de Águas, haja vista que, conforme bem destacou o MM. Juiz de 1º grau, o leito do rio foi afundado artificialmente, com retração das margens, implantação de muro de contenção, aterramento e pavimentação posterior à canalização.

Não obstante a figura da aluvião imprópria também possa conferir a aquisição originária de propriedade nos termos do que dispõe o art. 17, *caput*, do Decreto Federal 24.643/34, a mesma norma, em seu parágrafo único, prevê uma excepcionalidade que é a hipótese de o álveo ser limitado por uma estrada pública, o que acarretará a esses acréscimos a condição de bens públicos dominicais.

Veja-se:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 63

> Art. 17. Os acréscimos por aluvião formados às margens das correntes comuns, ou das correntes públicas de uso comum a que se refere o art. 12, pertencem aos proprietários marginais, nessa segunda hipótese, mantida, porém, a servidão de trânsito constantes do mesmo artigo, recuada a faixa respectiva, na proporção do terreno conquistado.
> Parágrafo único. Se o álveo for limitado por uma estrada pública, esses acréscimos serão públicos dominicais, com ressalva idêntica à da última parte do § 1º do artigo anterior.

Com efeito, o álveo pleiteado pelos apelantes é originário do movimento de terra para construção da Av. Tereza Cristina, uma estrada pública.

Assim, com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

O Sr. Des. Ernane Fidélis - Sr. Presidente.

A matéria, realmente, demanda um pouco de indagação, principalmente no que se refere à distinção do abandono de álveo e aluvião.

Conforme V. Ex.ª bem apreendeu, entendo que o pensamento do digno Juiz de 1º grau e de V. Ex.ª reflete com mais fidelidade a conclusão a que se chegou no primeiro grau, porque não me convence em absoluto afirmar, em razão do abandono da aluvião ou do fenômeno ocorrido, que teria simplesmente havido um abandono de álveo, e não aluvião, porque não havia limitação com a via pública, mas, exatamente, quer me parecer que essa é a questão que se prendeu, sobretudo, nas melhores condições e na própria realização da via pública.

Por isso, acho que é perfeitamente aplicável o parágrafo único do art. 17 ao caso,configurando uma verdadeira aluvião estabelecida pelo simples fato de o Município haver adquirido o domínio pela proximidade de uma via pública.

Portanto, acompanho V. Ex.ª e nego provimento ao recurso.

O Sr. *Des. Edilson Fernandes* - Sr. Presidente.

Ouvi, com atenção, a brilhante e objetiva sustentação oral e dediquei a mesma atenção ao memorial que me foi encaminhado.

Entretanto, do exame que fiz dos autos, cheguei à mesma conclusão de V. Ex.ª e, adotando os fundamentos do voto proferido nesta assentada, também nego provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO DE COBRANÇA - IMÓVEL RESIDENCIAL - USUFRUTO - EX-CÔNJUGE - OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* - ALUGUEL - EXIGIBILIDADE - VALOR - FIXAÇÃO - SENTENÇA - LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO

Ementa: Ação de cobrança de aluguel. Usufruto. Utilização exclusiva do imóvel por um dos usufrutuários. Comunhão dos frutos e despesas. Ausência de pedido certo e elementos bastantes nos autos. Liquidação por arbitramento.

- Se existe impedimento concreto para a utilização conjunta do bem por ambos os usufrutuários, alternativa não resta senão a imposição da obrigação de pagar aluguel por aquele que o utiliza com exclusividade.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 64

- Lado outro, do mesmo modo que o usufrutário preterido tem direito aos frutos provenientes da utilização do bem, deve também arcar com os encargos inerentes ao uso e gozo do bem.

- Verificada a não-incidência da vedação constante no art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil e inexistindo elementos suficientes nos autos para possibilitar a fixação do aluguel com a dedução da compensação devida, nada obsta a que se postergue para a fase da liquidação de setença por arbitramento a análise do valor do aluguel.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 1.0024.05.738333-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Leopoldo Crisóstomo de Castro Filho - Apelada: Carla Eutalia Coelho - 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 REJEITAR PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2007. - *Cláudia Maia* – Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Manoel de Souza Barros Neto.

A Sr.ª Des.ª Cláudia Maia - Trata-se de recurso de apelação interposto por Leopoldo Crisóstomo de Castro Filho contra a r. sentença de f. 151/152, que, nos autos de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela ajuizada em face de Carla Eutalia Coelho, julgou improcedente o pedido, condenando o autor a pagar custas processuais e honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Nas razões recursais de f. 158/174, o apelante esclarece que pretende receber valor mensal a título de aluguel, em razão da separação do casal e da permanência da varoa no imóvel. Afirma que, apesar de também lhe ser assegurado o usufruto vitalício, apenas a apelada estaria no uso e gozo do referido imóvel. Sustenta a ocorrência de enriquecimento sem causa pela apelada e invoca a aplicabilidade do art. 1.394 do Código Civil. Aduz que o descumprimento das obrigações alimentícias quanto à sua filha não lhe retiraria o direito de receber a importância devida pela utilização do imóvel. Ressalta que as questões ligadas ao direito de família fogem da discussão posta nos autos. Suscita preliminares de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e por não ter procedido à análise de questões de fato indispensáveis. Por fim, requer seja anulada a sentença, acolhendo as preliminares suscitadas, e, eventualmente, a reforma da sentença, julgando procedente o pedido inicial.

A apelada apresenta contra-razões recursais, f. 179/190, alegando que a sentença conteria fundamentação suficiente e não incorreu em qualquer omissão. Refuta a preliminar de cerceamento de defesa, porquanto seria desnecessária a coleta das provas pretendidas. No mérito, sustenta que o usufruto do pai sobre o bem do filho não geraria qualquer obrigação de pagar aluguel, mormente quando este possui a guarda do menor. Aduz, ainda, que o apelante não cumpriu o seu ônus de produzir provas suficientes do seu pretenso crédito. Pugna pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Primeiramente, urge registrar que as preliminares suscitadas no apelo não merecem surtir efeito, tendo em vista o disposto no art.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 65

249, § 2º, do Código de Processo Civil ("Quandopuder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta").

Ademais, em se tratando de pedido ilíquido, nada obsta a que o juiz decida a questão de direito apresentada e deixe para a fase de liquidação a apuração do *quantum* devido.

Trata-se de ação de cobrança ajuizada pelo apelante em face da apelada, na qual se discute o cabimento do arbitramento de aluguel em virtude da utilização exclusiva do imóvel por um dos usufrutuários.

Com razão o apelante.

Em que pesem as considerações tecidas na sentença hostilizada referentes ao Direito de Família, o fato inexorável é que a apelada utiliza com exclusividade um imóvel, no qual há reserva de usufruto vitalício para ambas as partes.

Com a decretação do divórcio (f. 13/16), de fato não existe razão para que apenas um dos consortes usufrua o bem em detrimento do outro.

Se existe impedimento concreto para a utilização conjunta do bem por ambos os usufrutuários, como ocorre no caso dos autos, alternativa não resta senão a imposição da obrigação de pagar aluguel por aquele que o utiliza com exclusividade.

Entender o contrário importaria em manifesto enriquecimento sem causa, o que deve ser repelido. Em casos tais, cabe avocar o velho princípio de justiça *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu.

Tal conclusão é perfeitamente amparada pelos arts. 1.319 e 1.326 do Código Civil, se não, veja-se:

> Art. 1.319. Cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou.
> Art. 1.326. Os frutos da coisa comum, não havendo em contrário estipulação ou disposição de última vontade, serão partilhados na proporção dos quinhões.

Sobre o tema, elucidativa é a lição de Washington de Barros Monteiro:

> Usando a coisa, pode o condômino nela instalar-se desde que se trate de imóvel, contanto que não arrede, evidentemente, os demais consortes [...]. Se se tratar de prédio urbano, pode ocupá-lo para a sua moradia. Discute-se, a propósito, se os demais condôminos podem ou não exigir-lhe aluguel. A questão tem sido resolvida de modo contraditório, mas predomina a opinião de que aquele que residir em prédio comum obrigado é a pagar aluguel aos demais condôminos (*Curso de direito civil, direito das coisas.* 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 197).

Nesse sentido, veja a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso especial. Civil. Ação de cobrança de aluguel. Utilização exclusiva de imóvel em condomínio. Possibilidade.
> - É possível a cobrança de alugueres pelo uso exclusivo de imóvel em condomínio quando houver resistência do ocupante à fruição concomitante do imóvel.
> - Igualmente factível essa cobrança, quando a simples ocupação do bem por um dos consortes representar impedimento de cunho concreto, ou mesmo psicológico, à utilização simultânea pelos demais condôminos, circunstância exemplificada na utilização de imóvel comum por cônjuge após a separação e antes da partilha, situação que representa óbvio impedimento prático ao usufruto comum do bem.
> - Na ausência dessas possibilidades, o que ocorre no caso concreto, caracteriza-se o desinteresse dos condôminos não-ocupantes em usufruir da coisa em comum, o que inviabiliza a posterior cobrança de alugueres.
> - Recurso especial provido (STJ, REsp 622472/RJ, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 19.08.2004, *DJ* de 20.09.2004).

> Separação judicial. Bem do casal. Partilha. Condomínio. Ocupação de imóvel pelo cônjuge-varão. Cobrança de aluguel pela mulher.
> - Cada consorte corresponde aos outros pelos frutos da coisa comum (Cód. Civil, art.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 66

627). Na propriedade em comum, não se pode usá-la em detrimento do direito dos demais condôminos (REsp - 14.913, *DJ* de 16.12.91). Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 130605/DF, Rel. Min. Paulo Costa Leite, j. em 22.09.1998, *DJ* de 1º.03.1999).

Convém salientar, ainda, que o fato de a filha das partes também residir no imóvel em nada altera as considerações volvidas. Isso porque ela detém apenas a propriedade do imóvel, e não o direito de uso e gozo advindo do usufruto.

No caso, entende-se não ser possível confundir a matéria tratada nestes autos, atrelada ao Direito das Obrigações, com a pensão alimentícia fixada pelo Juízo de Família.

Em momento algum restou consignada nos autos a cessão do uso e gozo do imóvel à filha e tampouco há prova de que foram levados em consideração na fixação da pensão alimentícia os gastos já efetuados com moradia.

Por outro lado, é de fundamental importância ressaltar que, do mesmo modo que o apelante tem direito aos frutos provenientes da utilização do bem, deve também arcar com os encargos inerentes ao uso e gozo do bem.

Para que não haja beneficiamento de algum dos usufrutuários, faz-se imperioso que ambos arquem com as despesas *propter rem*, isto é, aquelas vinculadas ao imóvel, tais como condomínio e IPTU.

Dessa forma, merece prosperar o argumento deduzido na contestação de compensação no valor a ser arbitrado a título de aluguel das despesas pagas exclusivamente pela apelada e que independam do uso e gozo do bem.

Portanto, configurado o direito do apelante de receber os aluguéis por não estar no uso e gozo da parte que lhe cabe no imóvel, operando-se a compensação nos termos descritos, há que se passar ao arbitramento do valor do aluguel.

Pela análise da petição inicial, computa-se que o autor, ora apelante, não formulou pedido certo, já que deixou de quantificar o valor do aluguel pretendido. Ante o julgamento prematuro do feito, também não há nos autos elementos suficientes para que se possa fixar com segurança e precisão os valores devidos.

Assim, considerada a não-incidência da vedação constante no art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil, nada obsta a que se postergue para a fase da liquidação de sentença por arbitramento a análise do valor do aluguel.

Ao revés, a bem da verdade, é de todo recomendável que se proceda dessa maneira, com vistas a preservar os princípios da economia e da celeridade processual.

Em caso análogo, veja decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> Prova. Ação indenizatória. Perícia. Desnecessidade. Possibilidade de apuração do *quantum* em fase de liquidação.
> - Por sua onerosidade e demora, pouco recomendada se mostra a realização de perícia - que objetiva apenas a apuração dos valores da indenização - no curso do processo de conhecimento, sendo mais indicado relegá-la para liquidação de sentença, mormente considerando que o pedido da inicial é incerto. E não há qualquer inadequação processual nisso. Nas ações de indenização por ato ilícito, quando não se conhece o *quantum debeatur*, como na hipótese, admite-se o pedido genérico. Todavia, ainda que o autor formule pedido certo, pode o juiz proferir sentença ilíquida (TJRS, AI nº 70012860532, Rel. ª Des.ª Marilene Bonzanini Bernardi, j. em 21.09.2005, *DJ* de 30.09.2005).

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, dou parcial provimento ao apelo para reformar a sentença, condenando a apelada ao pagamento de 50% do aluguel devido pela utilização do imóvel, operando-se a compensação com as obrigações *propter rem* (IPTU e taxas condominiais), postergando a apuração dos valores para a fase de liquidação de sentença por arbitramento.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 67

Custas recursais em igual proporção, suspensa a exigibilidade quanto à apelada por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Ficam invertidos os ônus de sucumbência.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo com a Relatora.

A Sr.ª Des.ª Eulina do Carmo Almeida - Ouvi com atenção a sustentação oral produzida pelo Dr. Manoel de Souza Barros Neto e, *data venia*, acompanho a eminente Relatora em seu judicioso voto.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:::-

IPVA - ISENÇÃO - DEFICIENTE FÍSICO - VEÍCULO - ADAPTAÇÃO - ÓRGÃO DE TRÂNSITO - EXIGÊNCIA - CUMPRIMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO

Ementa: Mandado de segurança. Concessão da ordem. Isenção de IPVA. Deficiente físico.

- Comprovando-se ser o impetrante portador de deficiência física e ser necessária a adaptação do veículo por exigência do órgão de trânsito, impõe-se a confirmação da sentença que concedeu a segurança pleiteada.

Sentença confirmada em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.05.879823-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara de Feitos Tributários do Estado, da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Nilza Bueno Camatta - Autoridade coatora: Delegada Fiscal de Belo Horizonte - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2007. - *Fernando Bráulio* – Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Fernando Bráulio - Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais contra sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 3ª Vara de Feitos Tributários do Estado de Minas Gerais, que concedeu a segurança pleiteada por NilzaBueno Camatta, para a concessão de isenção de IPVA em decorrência da deficiência física que acomete a impetrante.

Alega o apelante, em síntese, que o veículo passível de isenção do IPVA é somente aquele que foi adaptado, segundo exigência do órgão de trânsito, mediante modificações das suas características normais de fabricação, para atender à deficiência física específica do seu proprietário e condutor; que a direção hidráulica é equipamento normal, ainda que oferecido como opcional, não sendo alcançado pela isenção do IPVA.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 68

Contra-razões apresentadas às f. 48/54 dos autos pela manutenção da r. sentença.

Parecer do ilustre Procurador de Justiça Renato Topan pela confirmação da sentença em reexame necessário, restando prejudicado o recurso voluntário (f. 61/65-TJ).

Conheço da remessa de ofício e do recurso voluntário, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

No caso em tela, o art. 3º da Lei Estadual nº 14.937/2003, bem como o art. 7º do Decreto Estadual nº 43.709, de 2003, isentam do IPVA os proprietários de veículos quando presentes dois requisitos, a saber: ser o mesmo portador de deficiência física e ser necessária a adaptação do veículo por exigência do órgão de trânsito.

Dessa forma, uma vez comprovadas pela apelada a sua condição de deficiente físico, portadora de quadrantectomia de mama esquerda mais esvaziamento axilar, bem como a necessidade de adaptação de seu veículo consistente em direção hidráulica, conforme documentos de f. 08/13 dos autos, restou configurado o preenchimento dos requisitos legais exigidos para a concessão do benefício fiscal da isenção tributária de IPVA, impondo-se a confirmação da sentença, em reexame necessário.

Com esses fundamentos, em reexame necessário, confirmo a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Silas Vieira* e *Edgard Penna Amorim.*

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

TOMBAMENTO - DESCONSTITUIÇÃO - DETERIORAÇÃO DO BEM - PROPRIETÁRIO - AUSÊNCIA DE RECURSOS - RESTAURAÇÃO - ÔNUS - NEGATIVA DO MUNICÍPIO

Ementa: Tombamento. Cancelamento. Deterioração do bem. Falta de recursos do proprietário. Negativa do Município de arcar com a restauração.

- Admite a lei a desconstituição do tombamento sobre o bem, quando se comprova que o mesmo carece de reparações urgentes, o proprietário não tem como fazê-lo e o Município se recusa a tal.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0081.04.000712-2/001 - Comarca de Bonfim - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Bonfim - Apelante: Município de Bonfim - Apelante adesiva: Maria Marlene Pereira Andrade - Apelados: Maria Marlene Pereira Andrade, Município de Bonfim - Relator: Des. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2007. - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Ernane Fidélis - Reexame necessário:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 69

A autora é proprietária de um imóvel tombado no Município de Bonfim e ingressa em juízo pleiteando o devido cancelamento, através de uma sentença desconstitutiva.

Segundo a inicial, o imóvel tombado estaria necessitando de urgentes reparos, inclusive para evitar a sua completa ruína, e a autora não teria como arcar com as despesas. Nesse caso, socorreu-se ao Município, que deixou de atender a notificação para as reparações, pelo que requereu o cancelamento do tombamento.

O Município contestou o pedido, alegando que nenhuma oposição foi feita pelos primitivos proprietários contra o tombamento; que a autora tem meios de fazer a reparação; que aluga parte do imóvel e dele usufrui em perfeita normalidade.

Foi feito exame pericial e ficou comprovado que o imóvel carece, realmente, de necessários reparos, tornado-se até antieconômico fazê-los. A perícia chega a sugerir até a desocupação do imóvel.

Em preliminar de razões anteriormente à sentença, o réu chegou a dizer-se cerceado, porque o Juiz negava resposta da perícia sobre o valor real do imóvel, mas, com a vênia devida, no que interessa, tal valor não tem o menor significado, porque, afinal de contas, o que se questiona é sobre valor de reparos e possibilidade ou não de fazê-los.

Também não há que se falar em falta de fundamentação da sentença, já que a mesma abordou todos os pontos necessários ao deslinde da lide.

Comprovada também está a insuficiência econômica da autora para as despesas de reparação, e o fato de estar usando parte do prédio para locações e outras rendas não desnatura a necessidade real de se fazerem serviços de conservação.

Na realidade prática, não se pode negar que o tombamento, se não traz desvalorização ao imóvel, pelo menos, dificulta sua comercialização e, se não bem estruturado, chega a afetar os atributos do direito de propriedade.

Sendo uníssonas a doutrina e a jurisprudência em que todas as Constituições posteriores absorveram o Decreto-lei n° 25/37, as condições do art. 19, se satisfeitas, autorizam pedido de cancelamento, nos termos de seu § 2°.

O argumento do réu de que, se pretendesse a autora fazer a venda do imóvel, como parece, que lhe desse a oportunidade do direito de preferência, previsto em lei, mas esta não é a questão, mesmo porque, se o Município tiver real interesse na aquisição, poderá usar do direito de desapropriar.

A verdade é que, com o tombamento, razoavelmente, a venda torna-se mais difícil. Nesse caso, quem poderia ser beneficiado por suposta disputa de preferência seria a própria entidade pública, aproveitando-se da melhor oferta e podendo trazer prejuízo à proprietária, no seu direito de propriedade, direito básico na Constituição Federal.

O Decreto-lei n° 25/37, que faz referência ao tombamento, com inclusão do Município, aplica-se, pois, à espécie, e, em face da comprovação do preenchimento dos requisitos do art. 19, impõe-se, pois, sua desconstituição, pelo que confirmo a sentença, em reexame necessário, prejudicados os recursos voluntários.

Custas, pelo Município.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Edilson Fernandes* e *Maurício Barros.*

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 70

DIREITO HEREDITÁRIO - CESSÃO - CÓDIGO CIVIL/1916 - VIGÊNCIA - ESCRITURA PÚBLICA - NÃO-OBRIGATORIEDADE

Ementa: Agravo de instrumento. Cessão de direitos hereditários. Escritura pública. Desnecessidade formal do ato na época em que foi realizado. Inexistência de previsão legal da exigência no Código Civil de 1916. Provimento do recurso.

AGRAVO N° 1.0621.03.003394-1/001 - Comarca de São Gotardo - Agravante: Espólio de Izaltino Soares de Souza, representado por Jair Rodrigues Soares - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2007. - *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Roney Oliveira - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo inventariante Jair Rodrigues Soares contra decisão do Juiz da Vara Única da Comarca de São Gotardo, que, nos autos da ação de inventário dos bens deixados por Izaltino Soares de Souza, indeferiu o pedido de lavratura do termo de cessão de direitos hereditários.

Pleiteia o agravante o provimento do recurso, para que seja determinada a lavratura dos termos de cessão de direitos hereditários, sem a exigência da escritura pública, com posterior remessa dos autos ao Fisco para tributação.

A inicial foi acompanhada dos documentos de f. 11/129-TJ. Não houve pedido de efeito suspensivo (f. 134-TJ).

As informações estão às f. 139/140-TJ, seguidas do r. parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 142/146-TJ).

É, em síntese, o relatório.

Conheço do agravo de instrumento.

A questão objeto do presente recurso é por demais simples, uma vez que se limita à exigência ou não da escritura pública para o ato de transferência dos direitos hereditários.

Apesar de constar dos termos a palavra "desistência" (f. 30-TJ e f. 31-TJ), trata-se, na verdade, de cessão de direitos hereditários, por sua expressa destinação, e não de renúncia, que, por sua vez, representa o ato translativo sem indicação do destinatário.

A r. decisão impugnada de primeiro grau (f. 27/28-TJ) baseou-se na atual sistemática do Código Civil/2002, ou seja, na exigência de escritura pública no caso de cessão de direitos hereditários, conforme disciplina do art. 1.793 do referido diploma.

Ocorre que ambos os termos levados aos autos do inventário (f. 30-TJ e f. 31-TJ) são datados de setembro de 1985, ou seja, ainda na vigência do Código Civil de 1916, quando inexistia a obrigatoriedade de escritura pública para o ato, facultado por termo judicial no feito.

Nesse sentido, clássicos ensinamentos de Orlando de Souza, *in verbis*:

> (...) A renúncia, propriamente dita, chamada renúncia pura e simples, não se confunde com a desistência a favor de determinada pessoa, o que importa em doação, em cessão de direitos; e deverá constar, expressamente, de instrumento público, ou termo judicial, que poderá ser lavrado nos próprios autos do inventário. (...) A renúncia a favor de determinada pessoa, importando, pois, em doação,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 71

> está sujeita a impostos (...) (SOUZA, Orlando de. *Inventários e partilhas:* doutrina, jurisprudência e formulários. 3. ed. Ed. Sugestões Literárias S.A. ,1967, p. 115).

Ademais, a finalidade de tais disposições é exclusivamente tributária, situação não objeto do recurso, mas presente na fala do agravante que admite e reconhece a necessidade da tributação, argumento que também favorece o provimento do agravo.

Acresce-se também o risco, diante da exigência, de inviabilizar a formalização do ato objeto de discussão, principalmente pelo tempo decorrido entre a assinatura dos termos (f. 30-TJ e f. 31-TJ) e a r. decisão impugnada (f. 27/28-TJ), protelando ainda mais o encerramento do inventário e gerando insegurança para as partes envolvidas.

Destaque-se, por derradeiro, que a regra do art. 1.793, *caput*, do CC/2002 não encontra correspondência no Código Civil de 1916, este último vigente na época em que os termos foram trazidos aos autos, não sendo de se exigir disciplina diferente para o ato.

Pelo exposto, pedindo vênia aos entendimentos divergentes, dou provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Fernando Bráulio* e *Edgard Penna Amorim.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

EMBARGOS DO DEVEDOR - CÉDULA DE CRÉDITO RURAL - REGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO - TÍTULO EXECUTIVO - JUROS DE MORA - LIMITE - MULTA MORATÓRIA - CAPITALIZAÇÃO SEMESTRAL

Ementa: Embargos de execução. Cédula de crédito rural. Regularidade na contratação. Título executivo. Juros moratórios. Limite. Comissão de permanência. Impossibilidade. Multa moratória. Capitalização semestral.

- A cédula de crédito rural é título executivo por força do art.10 do Decreto-lei nº 167/67, cujos requisitos formais se encontram no art.14 do citado diploma legal.

- Afasta-se, por potestativa, a pactuação no sentido de incidir a comissão de permanência à taxa de mercado, visto que os encargos incidentes sobre o débito devem ser previamente ajustados pelas partes. Ademais, não está prevista no Decreto-lei nº 167/67 a cobrança de comissão de permanência.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0441.05.004398-9/001 - Comarca de Muzambinho - Apelantes: Rômulo Durante e outros - Apelada: Agrocredi - Cooperativa de Crédito Rural dos Cafeicultores em Guaxupé Ltda. - Relator: Des. UNIAS SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 72

Belo Horizonte, 27 de abril de 2007. - *Unias Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela apelada, a Dr.ª Cristina Nolasco Barcelos.

O Sr. Des. Unias Silva - Sr. Presidente, ouvi com atenção as palavras da ilustre advogada, que discorreu muito bem sobre o processo.

Conheço do recurso, visto que presentes os requisitos de sua admissão.

Trata-se de embargos que Rômulo Durante, Ana Maria Durante e Antônio Roberto Durante interpuseram à execução que lhes move Agrocredi - Cooperativa de Crédito Rural dos Cafeicultores em Guaxupé Ltda.

Pela sentença de f. 16/20, os pedidos iniciais foram julgados improcedentes.

Inconformados, recorrem os embargantes através das razões de f. 21/27, em que se aventa preliminar de cerceamento de defesa, visto não terem sido designadas audiência, prova pericial contábil, tolhendo até mesmo a possibilidade de acordo entre as partes.

Asseveram que competia ao credor instruir a inicial com demonstrativo do débito, porém neste caso o requisito legal não foi respeitado.

Alegam que a cédula rural que esteia a execução não pode servir como título executivo certo, líquido e exigível e que não se fazem presentes os requisitos do art. 25 do Decreto-lei nº 167/67.

Afirmam que são abusivos juros de 18% ao ano e capitalizados, no inadimplemento, atualização do débito, comissão de permanência, juros de mora de 36% ao ano e multa de 2%. Sendo inviável a cumulação de comissão de permanência mais correção monetária e juros capitalizados.

Pugnam ao final pelo provimento do apelo.

Contra-razões às f. 29/34.

Este é o relatório. Passo à decisão.

Da preliminar de cerceamento de defesa.

Conforme já relatado, entendem os apelantes que a sentença é nula, uma vez que incorreu o Magistrado em cerceamento de defesa.

Sabe-se que, em se tratando de embargos oferecidos pelo devedor e sendo de direito e de fato, o julgamento antecipado da lide se impõe, por imperativo legal (parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil), situação essa dos autos, abraçada pela jurisprudência, *verbis*:

> A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado (STF/RE nº 101.171, Rel. Min. Francisco Rezek, *in RTJ* 115/789).

Ora, tendo em vista o valor da execução, não poderiam os devedores pretender se valer de prova exclusivamente testemunhal, conforme preceito do art. 401 do CPC.

Em relação à questão de acordo, também não justificaria um suposto cerceamento de defesa, já que as partes têm a possibilidade de transigir em qualquer fase do processo.

Dessa feita, não há que se falar em cerceamento de defesa, pelo que rejeito a preliminar.

O Sr. Des. D. Viçoso Rodrigues - Estou de acordo.

O Sr. Des. Elpídio Donizetti - De acordo.

O Sr. Des. Unias Silva - Preliminar de inépcia da inicial.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 73

Entendem os apelantes que a cédula de crédito rural que instrui o feito executivo não preenche os requisitos legais do art. 25 do Decreto-lei nº 167/67.

Tenho que sem razão os apelantes, visto que a cédula de crédito rural é título executivo por força do art.10 do Decreto-lei nº 167/67, cujos requisitos formais se encontram no art.14 do citado diploma legal, os quais, diga-se de passagem, estão presentes nos autos.

Rejeito, pois, a preliminar.

O Sr. Des. D. Viçoso Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. Elpídio Donizetti - De acordo.

O Sr. Des. Unias Silva - Preliminar de nulidade do processo. Ausência de memória de cálculo.

Rejeito, igualmente, a preliminar de nulidade da execução, por falta da apresentação do demonstrativo atualizado do débito de maneira pormenorizada, exigido pelo art. 614, inciso II, do Código de Processo Civil.

Contém o demonstrativo apresentado pela credora as informações suficientes para se conhecerem os motivos pelos quais conseguiu se apurar o valor devido até a data do ajuizamento da execução, mesmo porque os embargantes não demonstraram, em momento algum, que os cálculos estariam errados ou exorbitantes.

Ocorre, além disso, que esse demonstrativo só teria a sua razão de ser se o executado pretendesse pagar, no prazo de vinte e quatro horas, contado da data da citação, o valor integral da sua dívida.

Passado esse momento, tal demonstrativo não tinha mais razão de ser, porque novo cálculo do valor da dívida, agora já desatualizado, terá que ser elaborado na data em que vier a ser feita a sua liquidação.

Como dito, rejeito, pois, a preliminar.

O Sr. Des. D. Viçoso Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. Elpídio Donizetti - De acordo.

O Sr. Des. Unias Silva - Do mérito.

Ab initio, em se tratando de operação do crédito rural, firmou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que, em relação aos juros remuneratórios ou compensatórios, deve ser observado o limite da Lei de Usura, inexistindo autorização do Conselho Monetário Nacional para a estipulação de taxa superior a este limite.

Sabe-se, ainda, que, nos mútuos rurais, em caso de inadimplência, a taxa de juros somente poderá ser elevada no máximo em 1% (um por cento), consoante disposto no parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 167/67, devendo ser cobrados estes a título de mora, e não como feito pela cooperativa/apelada.

Os juros moratórios representam uma forma de sanção pelo não-pagamento no termo devido. Os juros remuneratórios são fatores de mera remuneração do capital mutuado. Em decorrência da natureza dos juros remuneratórios e dos decorrentes da mora, extrai-se a conclusão de que aqueles, os remuneratórios, devem-se mostrar invariáveis em função da eventual inadimplência ou impontualidade.

Cláusula que disponha em sentido contrário, prevendo a variação dos juros remuneratórios em caso de inadimplência, é cláusula que visa a burlar a disciplina legal, fazendo incidir, sob as vestes de juros remuneratórios, autênticos juros moratórios em níveis superiores aos permitidos pela legislação que rege o crédito rural,*data venia*, sendo que neste caso os juros no período da inadimplência tiveram um aumento de 100%, visto que, de 18% ao ano, foram para 36% ao ano. Passando em muito o permitido em lei.

Sobre a comissão de permanência, tenho que, quando fixada à taxa de mercado, é nula de pleno direito.

É evidente que a cláusula que coloca a opção de escolha de uma taxa ao arbítrio exclusivo de uma das partes, por ser potestativa, é nula de pleno direito, a teor do art. 115 do

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 74

Código Civil de 1916, atual art. 122. Mesmo que nula não fosse apenas pela potestatividade (o que seria negar vigência ao art. 122 do CCB), seria nula em face da resolução que a permite, não, porém, na extensão pretendida.

A potestatividade é realçada pelos termos da cláusula, que confere inaceitável privilégio, que deixa a escolha da taxa a critério da apelada, o que não se compadece sequer com o nosso sistema financeiro nacional, que exerce vigilância rígida sobre as taxas utilizadas pelas entidades de crédito, que não podem ter a liberdade que é reconhecida pela mencionada cláusula.

Como se vê, é perfeitamente possível a revisão de cláusulas contratuais, seja em razão da irregularidade das mesmas, seja em razão de sua potestatividade, a teor do Código Civil.

Além do mais, em se tratando de crédito rural, o limite dos encargos financeiros é estabelecido no Decreto-lei nº 167/67, de forma que a comissão de permanência não poderia ser avençada.

Nesse sentido temos:

> Inobstante a possibilidade de cobrança da comissão de permanência em contratos estabelecidos pelos bancos, a cédula rural pignoratícia e hipotecária tem disciplina específica no Decreto-lei nº 167/67, art. 5º, parágrafo único, que prevê somente a cobrança de juros e multa no caso de inadimplemento. Ademais, ainda que convencionada, a incidência cumulada com a correção monetária, multa ou juros moratórios - estes últimos estipulados *in casu* - encontra óbice na própria norma instituidora (Resolução nº 1.129/86 do Bacen) (Superior Tribunal de Justiça - REsp 330110/MG – Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior – 18.10.2001).

E mais:

> O Decreto-lei nº 167/67 prevê, como conseqüência da inadimplência, a elevação dos juros (art. 5º, parágrafo único) e multa (art. 71), a que se acrescenta a possibilidade de correção monetária do débito, nos termos de jurisprudência pacificada. Não está prevista na lei a cobrança de comissão de permanência. - Recurso não conhecido (STJ - REsp 182322/MG - Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

Portanto, para assegurar o poder aquisitivo do capital colocado à disposição dos apelantes, esta comissão deverá ser substituída pelo INPC.

Ressalte-se que a correção monetária não se presta à remuneração do capital, tratando-se de mera atualização do valor originário da moeda, estando a questão pacificada na Súmula nº 16, que estabelece:

"A legislação sobre o crédito rural não veda a incidência da correção monetária".

No que diz respeito à multa contratada, está ela de acordo com a lei.

Sobre a capitalização dos juros, esclareço que de fato a mesma, regra geral, é vedada, salvo em casos especiais como o presente. Contudo, passei a entender que referida capitalização deve ser semestral, e não mensal, consoante art. 4º do Decreto 22.626/33 c/c art. 5º, *caput,* do Decreto-lei 413/69.

Pelo exposto, rejeito as preliminares e dou parcial provimento ao recurso, para determinar que os juros moratórios fiquem limitados ao patamar de 1% ao mês, seja substituída a comissão de permanência pela correção monetária e isso conforme os índices oficiais fornecidos pela eg. Corregedoria de Justiça deste Estado, seja a capitalização dos juros semestral, e não mais mensal. Ficam inalterados os demais termos da r. sentença recorrida.

Custas processuais e recursais em 50% para cada uma das partes, a teor do que determina o art. 21 do CPC. Deverá a cooperativa pagar aos advogados dos autores honorários, que fixo em 10% sobre o valor que será diminuído na dívida. Por sua vez, deverão os embargantes pagar aos patronos da cooperativa honorários de 10% sobre o montante efeti-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 75

vamente devido, conforme será apurado na fase de execução.

O Sr. Des. D. Viçoso Rodrigues - Estou acompanhando o Relator.

O Sr. Des. Elpídio Donizetti - Sr. Presidente, também estou acompanhando o Relator.

Em deferência à ilustre advogada, Dr.ª Cristina Nolasco Barcelos, que fez brilhante sustentação oral, gostaria de tecer alguns comentários. Quanto aos juros cobrados pela Agrocredi, de 18 % ao ano, neste País, cujos bancos cobram em torno de 10 a 15% ao mês, esta taxa poderia até parecer irrisória. Entretanto, este Tribunal tem compromisso com o direito que emerge principalmente da lei, e a lei brasileira, não as resoluções do Banco Central, desautoriza a cobrança de juros acima de 12% a.a.

Nos termos dos arts. 406 e 591 do Código Civil, os juros, em qualquer circunstância, não podem ultrapassar a taxa de 1% a.m ou 12% a.a. E assim será, até que se mude a lei. Essa é a razão por que estou acompanhando o Relator e, por conseguinte, fixando os juros em 1% (um por cento) ao mês ou 12% (doze por cento) ao ano.

Quanto à capitalização mensal, não desconheço a interpretação do STJ, fixando o entendimento de que nas células de crédito rural pode haver capitalização mensal. Entretanto, por mais esforço exegético que se faça, não é possível extrair essa interpretação da leitura do Decreto-lei 167. De forma que, não obstante a jurisprudência citada pela ilustre advogada da Agrocredi, entendo que a capitalização deva ser semestral.

Em síntese, acompanho o Relator.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

NEGÓCIO JURÍDICO - AGENTE INCAPAZ - MANDATO - NULIDADE - ESCRITURA PÚBLICA - ANULAÇÃO - REGISTRO IMOBILIÁRIO - CANCELAMENTO - DOENÇA - PSICOSE ESQUIZOFRÊNICA - CURATELA PROVISÓRIA

Ementa: Direito civil. Negócio jurídico. Incapacidade comprovada do agente à época dos fatos. Ausência de requisito essencial para validade do ato. Nulidade. Sentença reformada. Recurso provido.

Ementa: Direito civil. Negócio jurídico. Incapacidade comprovada do agente à época dos fatos. Ausência de requisito essencial para validade do ato. Nulidade. Sentença reformada. Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0407.04.006436-9/001 - Comarca de Mateus Leme - Apelante: Antônio Renato Mendes - Apelado: Demetrius Silva Marra - Relator: Des. ISALINO LISBÔA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2007. - *Isalino Lisbôa - Relator.*

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 76

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Isalino Lisbôa (convocado) - Conheço da apelação.

Cuidam os autos de ação de nulidade de mandato c/c pedido de anulação de escritura pública e cancelamento no registro imobiliário, movida por Antônio Renato Mendes, em face de Demetrius Silva Marra.

A respeitável sentença julgou improcedente o pedido, fundando-se em que a curatela do autor fora deferida em data posterior à efetivação do ato jurídico que se pretende anular.

Vislumbra-se do conjunto probatório acostado no processo ter o apelante, em 1992, outorgado mandato por instrumento público ao apelado, para que este efetuasse a venda de seus imóveis localizados no Município de Juatuba/MG.

No ano de 2003, o apelado fazendo uso da procuração mencionada, datada de 1992, formalizou uma escritura de compra e venda, transferindo os bens do autor para si próprio, levando a registro imobiliário.

Tal fato veio a ser descoberto pela genitora do apelante, que, após ter quitado os tributos cobrados em 2002 pela Prefeitura de Juatuba, passou a não receber mais as guias para pagamento.

O apelante comprovou nos autos que, desde os idos de 1989, fora acometido pela doença psicose esquisofrênica do tipo catatônico e que seu tratamento neurológico teve início no mesmo ano, não tendo surtido efeito.

Provou ainda que, no ano de 1994, inapto a reassumir suas funções junto do Instituto de Servidores Públicos de MG - Ipsemg, onde ocupava o cargo de escriturário, foi aposentado.

A curatela, por sua genitora, restou deferida de forma provisória no ano de 2004.

Lado outro, o apelado se defendeu, argüindo que adquiriu os imóveis através da Imobiliária Expresso Ltda., mas nada trouxe aos autos a comprovar sua alegação.

Ademais, verifica-se a falsidade da mesma, ao confrontá-la com o documento de f. 50, que comprova a existência da aludida procuração denunciada na exordial, datada de 11 de agosto de 1992, na qual o apelante outorgou poderes especiais ao apelado para este vender a quem quisesse e como conviesse os imóveis ali descritos de propriedade daquele.

Assim, ante as provas documentais colacionadas nos autos, induvidoso assistir razão ao apelante, não tendo a respeitável sentença monocrática dado a valoração devida às mesmas, por isso estando a merecer a reforma pretendida.

Ora, conforme ilustrado na manifestação ministerial de f. 101, desde os idos de 1989, estava o apelante acometido da doença psicose esquisofrênica do tipo catatônico, em que os fenômenos psicopatológicos mais importantes ao entendimento da medicina incluem no paciente o eco do pensamento, a imposição ou o roubo do pensamento, a divulgação do pensamento, a percepção delirante, idéias delirantes de controle, de influência ou de passividade, vozes alucinatórias que comentam ou discutem com o paciente na terceira pessoa, transtornos do pensamento e sintomas negativos.

Vislumbra-se que a procuração de f. 50 foi outorgada ao apelado, quando o apelante já se encontrava doente, em tratamento ambulatorial e sem a presença de testemunhas.

Outrossim, não veio nenhum comprovante, pelo recorrido, da quitação dos imóveis, ao menos para demonstrar sua boa-fé, que tanto alegou. Como mandatário ou comprador dos imóveis, essencial demonstrar, por meio de documentação idônea, a prestação de contas das vendas efetuadas ou recibo de quitação, provando que pagou pelos imóveis.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 77

A simples alegação de que a curatela se deu em 2004, tentando impor capacidade à pessoa do apelante, não pode ser aceita, em vista da robusta prova documental anexada ao processo, a qual atesta justamente o contrário.

Também das alegações constantes da exordial, na qual o apelante afirmou ter outorgado procuração a uma pessoa desconhecida, ou seja, à pessoa do apelado, não sofreu qualquer impugnação deste, que nem sequer tentou demonstrar o contrário, não restando dúvidas de que o recorrente, na ocasião dos fatos, era portador da moléstia mencionada, não possuindo capacidade para exercer os atos civis, sendo nulos de pleno direito os atos por ele praticados e reclamados na inicial.

Sabido em nosso ordenamento jurídico que a capacidade do agente, a possibilidade e determinabilidade do objeto e a forma prescrita são requisitos essenciais à validade do ato jurídico, podendo, ausente um deles, levar à sua nulidade ou anulabilidade.

Ante o deduzido, em reformando a respeitável decisão monocrática, dou provimento ao recurso, julgo procedente o pedido e declaro a nulidade da procuração de f. 50, lavrada perante o Cartório do 8º Ofício de Notas desta Capital, bem como da escritura de f. 15, lavrada perante o Cartório de Registro Civil e Notas da Comarca de Juatuba, e o cancelamento dos registros imobiliários de f. 16 e 17, efetuados no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Mateus Leme. Condeno o réu nas custas e honorários, que arbitro em 20% sobre o valor dado à causa.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Fernando Bráulio* e *Silas Vieira.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:::-

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPOSIÇÃO - PROPORCIONALIDADE PARTIDÁRIA - ART. 58, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - MANDADO DE SEGURANÇA

Ementa: Constitucional. Mandado de segurança. Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). Proporcionalidade dos partidos políticos na sua composição. Art. 58, § 1º, CF.

- Reveste-se de ato ilegal, amparado por mandado de segurança, a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito sem que seja observada a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa Legislativa.

REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0569.06.007763-7/001 - Comarca de Sacramento - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sacramento - Autor: Luis Constantino Bizinoto - Réu: Presidente da Câmara Municipal de Sacramento - Relator: Des. EDILSON FERNANDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2007. - *Edilson Fernandes* - Relator.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 78

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edilson Fernandes - Trata-se de reexame necessário à r. sentença de f. 133/139, proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por Luis Constantino Bizinoto contra ato do Presidente da Câmara Municipal de Sacramento, que concedeu a ordem para declarar a ilegalidade do ato perpetrado pela autoridade coatora, que não observou a proporcionalidade partidária na composição da Comissão Parlamentar de Inquérito, garantindo ao impetrante o direito de ocupar uma das vagas como representante do PMDB, observada a composição partidária em 17.04.2006.

O autor, na qualidade de vereador do Município de Sacramento, impetrou o presente mandado de segurança, alegando que o Presidente da Câmara instaurou Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar eventuais irregularidades no uso de recursos materiais e humanos pertencentes ao Executivo local, sem obedecer à proporcionalidade dos partidos políticos com representação, violando o seu direito líquido e certo de fazer parte dos trabalhos investigativos da comissão, pelo que requer a concessão da segurança (f. 02/09).

Devidamente notificada, a autoridade coatora prestou informações, alegando, como fato impeditivo do direito do impetrante, que a nomeação dos membros é matéria afeta ao Presidente da Câmara, conforme disposição expressa do regimento interno (f. 84/92).

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, sendo que da mesma não foi interposto recurso voluntário.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa necessária, nos termos do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51.

Segundo consta dos autos, foi instaurada pelo Presidente da Câmara Municipal de Sacramento, por força de decisão judicial (f. 12/20), Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar a utilização de recursos humanos e materiais da Prefeitura Municipal na realização de obras e serviços em bem particular de propriedade ou posse do Prefeito e seus familiares (f. 22/23).

Ao tratar das comissões a serem implementadas pelo Poder Legislativo, a Constituição Federal, em seu art. 58, § 1º, dispõe que:

> Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.
> § 1º - Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

O ordenamento constitucional brasileiro consagrou, dentro das funções fiscalizatórias do Poder Legislativo, a instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito, visando a questionar os atos do Poder Executivo, tendo, para tanto, poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos no regimento interno da respectiva Casa, mediante o requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo (art. 58, § 3º, CF).

Em relação à amplitude de seu campo de atuação, registro que o poder conferido ao Legislativo de realizar investigações não é ilimitado, devendo concentrar-se em fatos específicos, definidos e relacionados ao Poder Público.

A par dessas limitações, incide sobre as CPIs, a denominada "cláusula de reserva de jurisdição", que consiste na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário para a prática de determinados atos, que lhes são próprios.

A esse respeito, vale destacar trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Celso de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 79

Mello, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452/RJ (j. em 16.09.1999):

> ... assiste ao Poder Judiciário não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.

Tendo em vista que referido texto constitucional traça diretrizes estruturais do Poder Legislativo, tal fato consiste em norma de repetição obrigatória a ser observada pelo legislador derivado, a exemplo do disposto no art. 60, § 1º, da Constituição Estadual e, por simetria, na Lei Orgânica do Município de Sacramento, que, por sua vez, estabelece que:

> A Câmara terá comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma do Regimento Interno, com as atribuições nele previstas, ou as constantes do ato de sua criação.
> § 1º Na constituição de cada comissão, observar-se-á a regra do art. 35, § 4º, desta Lei.
> Art. 35 (...)
> § 4º Na composição da Mesa Diretora, será assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos políticos ou dos blocos parlamentares que participam da Câmara.

Ao tratar da Comissão Parlamentar de Inquérito, o Regimento Interno da edilidade local dispõe que:

> Art. 73 - A Comissão de Inquérito será constituída mediante requerimento subscrito por, no mínimo, um terço dos membros da Câmara e aprovado por maioria absoluta dos Vereadores.
> (...)
> Art. 74 - Apresentado o requerimento, o Presidente da Câmara nomeará, de imediato, os membros da Comissão Especial de Inquérito, respeitando, sempre que possível, a representação partidária.

Como se vê, os dispositivos constitucionais e materialmente constitucionais citados traduzem a observância obrigatória pelo Legislativo, no que concerne ao poder de fiscalização, dos requisitos para a instauração das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Outrossim, a prerrogativa institucional de investigar deferida ao Parlamento, especialmente aos grupos minoritários, não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente na respectiva Casa, que, não raras vezes, de forma intencional, recusa-se a indicar membros para determinada CPI, ainda que fundado em razões de estrita conveniência político-partidária, e acaba por frustrar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram) do poder constitucional de fiscalização e de investigação, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo.

Desse modo, havendo requerimento de um terço dos membros da Casa Legislativa, a proporcionalidade na composição da comissão, embora não se trate de exigência absoluta, mas de representação proporcional, de forma a viabilizar a representação de um maior número de partidos ou blocos partidários, somente deixará de ser observada quando não for possível.

No presente caso, ao nomear os membros da CPI para investigar os fatos aqui noticiados, o Presidente da Câmara Municipal indicou como componentes os seguintes vereadores com as respectivas filiações partidárias: Luiz Antônio Sinhoreli (PDT), José Maria Sobrinho (PL), Marcos Jerônimo Borges (PFL), José Carlos Basso de Santi Vieira (PSDB) e Hélio Nunes de Aguiar (PP) (f. 40).

Acontece que a proporcionalidade exigida pela norma de regência não foi respeitada, visto que, na data do requerimento para criação da respectiva CPI, a filiação partidária dos edis com assento na Câmara era composta por Alex Vinício Bovi (sem partido), Dr. Aristócles Borges da Matta (PDT), Dr. Bruno Scalon Cordeiro (PFL), Hélio Nunes de Aguiar (PL), Dr. José Carlos Basso de Santi Vieira (PSDB), Dr. José Maria Sobrinho (PL), Luiz Antônio Sinhoreli

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 80

(PDT), Luiz Constantino Bizinoto (PMDB) e Marcos Jerônimo Borges (PFL) (f. 42).

Diante desse quadro, havendo dois vereadores com a mesma filiação partidária e existindo somente o impetrante como o único vereador filiado ao PMDB, evidencio que se reveste de ilegalidade o ato impugnado, uma vez que vulnerou a representação proporcional dos partidos políticos na composição da CPI e, por conseqüência, a norma de regência.

Sobre o tema controvertido, a egrégia Primeira Câmara Cível deste Tribunal já concluiu que:

> Comissão Parlamentar de Inquérito - Formação - Proporcionalidade dos partidos ou dos blocos parlamentares, garantida pelo art. 58, § 1º, da CF/88, sob pena de nulidade na sua constituição e funcionamento, declarável e garantível na via judicial, mediante mandado de segurança (AC nº 1.0000.00.218592-4/000, Rel. Des. Orlando Carvalho, j. em 25.06.2001).

Por fim, apenas para argumentar, registro que a troca de partido efetuada pelo vereador Hélio Nunes de Aguiar (f. 44) não possui o condão de alterar a representação proporcional dos partidos políticos ou dos blocos parlamentares que participam da Câmara, uma vez que, conforme ressaltado, a proporcionalidade partidária deve ser aferida por ocasião do requerimento para a instalação da Comissão Parlamentar de Inquérito.

Em reexame necessário, confirmo a sentença.

Custas, na forma lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Maurício Barros* e *Antônio Sérvulo.*

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

INDENIZAÇÃO - OBRA ARTÍSTICA - CONTRATAÇÃO PELO MUNICÍPIO - LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS - HOMOLOGAÇÃO - LAUDO DE AVALIAÇÃO - CONCLUSÃO - AFASTAMENTO - VALOR - FIXAÇÃO DE FORMA SUBJETIVA - PERÍCIA TÉCNICA - NECESSIDADE - PROCESSO DE CONHECIMENTO - CONTRARIEDADE - IMPOSSIBILIDADE - HONORÁRIOS - IMUTABILIDADE - COISA JULGADA

Ementa: Ação de indenização. Liquidação por artigos. Decisão homologatória. Afastamento da conclusão do laudo. Valor fixado de forma subjetiva. Necessidade de prova técnica. Contrariedade ao processo de conhecimento. Impossibilidade. Verba honorária. Imutabilidade. Coisa julgada.

- Encontrando-se o douto julgador ainda sem convicção ou em estado de perplexidade, mesmo após determinar a realização de nova prova pericial, não pode concluir a respeito do *quantum debeatur*, de forma aleatória e sem respaldo nas provas produzidas.

- Quando a prova técnica realizada deriva de fatos concretos e objetivos, expondo com clareza os motivos que levaram os peritos a concluir de determinada forma, não pode ser afastada pelo magistrado que decide valendo-se de conhecimentos pessoais.

- A decisão prolatada na fase de liquidação de sentença deve se pautar pelo absoluto respeito aos termos em que a sentença do processo de conhecimento definiu a obrigação, mormente no que diz respeito à verba honorária sucumbencial, que nem sequer é objeto da liquidação.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 81

AGRAVO N° 1.0439.02.009198-9/001 - Comarca de Muriaé - Agravante: Sérgio Luiz de Souza Campos - Agravado: Município de Muriaé - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO EM PARTE O 2º VOGAL, QUE, DE OFÍCIO, ANULAVA PARCIALMENTE O PROCESSO.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2007. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, o Dr. Olavo Tostes.

O Sr. Des. Silas Vieira - Trata-se de agravo de instrumento à respeitável decisão de f. 44/50, proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Muriaé, que, nos autos da liquidação de sentença por artigos ajuizada por Sérgio Luiz de Souza Campos, ora agravante, contra o Município de Muriaé, declarou líquida a condenação, fixando-se o valor da indenização devida ao recorrente em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), afirmando a possibilidade de o Juiz decidir sem ficar restrito ao laudo pericial, nos termos do art. 436 do CPC, alterando, ainda, a verba honorária sucumbencial.

Desta decisão o agravante interpôs embargos declaratórios que não foram acolhidos, f. 42/43.

Sustenta o recorrente o equívoco da douta Magistrada quando afirmou que fixava o valor da condenação em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), afastando-se do laudo pericial realizado na fase instrutória do processo de conhecimento, que apontou para a importância de R$ 6.300.000,00 (seis milhões e trezentos mil reais), como indenização a ser paga pelo agravado, valor este que foi atualizado por nova perícia realizada na fase da liquidação, chegando-se ao valor atual de R$ 10.322.702,44 (dez milhões trezentos e vinte e dois mil setecentos e dois reais e quarenta e quatro centavos).

Afirma o recorrente ter a douta Magistrada, ao julgar, se utilizado de "critérios subjetivistas, extrajurídicos, externos aos autos e anticonstitucionais", ao singelo argumento de que a sentença de liquidação não estaria adstrita aos laudos técnicos realizados nos autos, nos termos do art. 436 do CPC. O agravante, citando Dworkin, afirma a função garantidora e não criadora do magistrado, alegando ter a douta Magistrada substituído o direito positivo por valores individuais, decidindo sem qualquer base técnica sobre temas complexos, tais como política municipal, prioridades sociais, mercado de arte, situação dos artistas, dentre outros, "chegando a conclusões diletantes e inusitadas".

Aduz, ainda, ter o Município permanecido silente após a realização daquelas provas técnicas e que, quanto a esse fato processual de graves conseqüências, teria concluído a Magistrada em sua decisão: "o fato de o Município ter se quedado inerte quanto ao valor apurado no laudo pericial de f. 841/922 somente faz com que me preocupe ainda mais com a situação", conclusão com a qual o recorrente discorda afirmando: "A decisão criticada transformou, *data venia*, a livre valoração da prova em arbítrio judicial".

Por derradeiro, insurge-se o agravante quanto à inovação feita pela d. Magistrada, no tocante à verba honorária sucumbencial, que no processo de conhecimento foi fixada em 20% sobre o valor da condenação e reduzida, por ela, para 20% sobre o valor da causa, o que não se admite, por afronta à coisa julgada material, tendo em vista que a r. sentença proferida no processo de conhecimento foi confirmada por este Tribunal em reexame necessário. Diante destes fatos, pugna pela total reforma da r. decisão recorrida, "com o

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 82

objetivo de fixar uma indenização justa e legal, obedecidos os parâmetros das provas técnicas constantes dos autos" (f. 26).

O recurso foi recebido à f. 546.

Embora intimado, o Município não apresentou resposta no momento próprio, como se infere da certidão de f. 598, se manifestando, no entanto, às f. 604/606.

O MM. Juiz da causa prestou informações às f. 593/596.

Sem remessa à d. Procuradoria-Geral de Justiça, por força da Recomendação n.º 01 de 03.09.2001, do Conselho Superior do Ministério Público.

Conheço do recurso - nos termos do art. 475-H do CPC - uma vez presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de liquidação, por artigos, da sentença de f. 513/518 - confirmada pelo acórdão de f. 519/523 - via da qual Sérgio Luiz de Souza Campos, artista plástico, busca a fixação do valor correto da indenização a que faz jus, pela execução de um trabalho artístico encomendado pelo Município de Muriaé, há cerca de 20 anos, composto de uma escultura (fotos de f. 247/253) denominada "Exaltação ao Trabalhador", cuja obrigação indenizatória do Município foi reconhecida no processo de conhecimento.

Após a realização de nova perícia (f. 123/199), já na fase de liquidação, confirmou-se o valor da obra criada pelo artista, atualizado até julho de 2006, com a redução dos valores gastos pelo Município, para a sua edificação (f. 144/145), inclusive com acréscimo de 15%, em prol do mesmo Município, hoje seu proprietário, "em caso de venda da obra" (f. 147-TJ), tendo a Sra. Perita, inclusive, analisado eventuais fatos novos assinalados pelo MM. Juiz *a quo*, prolator da r. sentença no processo de conhecimento (f. 151), chegando-se ao valor total de R$ 10.322.702,44 (dez milhões trezentos e vinte e dois mil setecentos e dois reais e quarenta e quatro centavos), laudo este que não foi considerado pela MM. Juíza, que houve por bem utilizar-se do disposto no art. 436 do CPC, ao assim decidir:

> O valor encontrado é alto por demais e possibilitaria ao Município construir diversas obras públicas, inclusive de necessidade básica da população, como casas populares, escolas, creches e postos de saúde. O interesse público sempre deve prevalecer em relação ao interesse particular, o que me impede chancelar o valor encontrado pela perita do juízo.
> Claro que o autor, devidamente contratado e que já tem seu direito reconhecido pelo Poder Judiciário, deve receber por seus serviços, não se podendo olvidar que, conforme muito bem apurado pelo exame pericial realizado na fase de conhecimento, o trabalho foi muito bem feito e muito demorado, constituindo, inclusive, obra inédita no Brasil e no mundo. Aqui não estou para negar a ele o seu mérito, mas, sim, para sopesar a situ*ação* em que o trabalho se encontra. Deferir mais que R$ 200.000,00, que, a propósito, considero suficiente, levando-se em consideração o mercado (interior de Minas Gerais, em uma cidade em que a população não tem alto poder aquisitivo - ao contrário, pois apenas uma pequeníssima minoria o tem), seria o mesmo que negar aos munícipes direitos básicos, pois com certeza faltaria numerário para várias despesas municipais, bem como levando em consideração o valor de outras obras descritas nos autos...

Diante da veemente insurgência do agravante contra esta decisão, faz-se necessária uma análise mais aprofundada da r. sentença proferida no processo de conhecimento, que remeteu as partes à fase de liquidação de sentença por artigos, de onde se extrai, *verbis*:

> A outra perícia (f. 714/726) teve por escopo a apuração dos valores despendidos pelo Município-réu na construção do monumento, bem como sua respectiva atualização. Portanto, também não apurou o valor dos

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 83

> serviços prestados pelo autor e postulados na peça de ingresso.
> Decorre daí que somente na liquidação de sentença, que deverá ser por artigos (art. 608 do CPC), poderá ser apurado o real montante da indenização devida ao artista. E será por artigos ante a necessidade de alegação e prova de fatos novos (f. 517-TJ).

Necessário aqui ressaltar que, desde o mês de junho de 2006, entrou em vigor a Lei 11.232/2005, que alterou de forma significativa os procedimentos da liquidação e da execução de sentenças proferidas em processos de conhecimento, como aqui ocorre. Atualmente o art. 608 do CPC, citado pelo MM. Juiz *a quo*, corresponde ao art. 475-E do CPC, praticamente com o mesmo texto, pelo qual se extrai que, para a realização de liquidação por artigos, com o escopo de determinar-se o valor da condenação, existe a necessidade de se provar e alegar fato novo.

Depreende-se, de uma atenta leitura da r. sentença proferida no processo de conhecimento (f. 517), que o fato novo sinalizado pelo d. Julgador seria a apuração do real montante da indenização devida ao artista, após o desconto do custo atualizado dos materiais fornecidos e pagos pelo Município, o que foi feito pela perícia suplementar de f. 714/726 dos autos originais, mas dependente de atualização.

Com efeito, a apuração dos custos feitos pelo Município na efetivação da obra e a necessidade de atualização do valor encontrado na perícia realizada no processo de conhecimento caracteriza o "fato novo" mencionado naquele dispositivo, apto a levar à liquidação por artigos, conceituando-o assim a doutrina:

> Por fato novo se deve entender apenas aquele conjunto fático que possa ter reflexo na determinação do *quantum* da obrigação... (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDIDA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 122).

Por outro lado, verifica-se que a perícia realizada na fase de liquidação da sentença, f. 123/199, além de atualizar os valores encontrados pelo perito judicial - que atuou na fase de conhecimento - até julho de 2006, decotou do valor as despesas arcadas comprovadamente pelo Município de Muriaé (f. 144/145-TJ), respondendo ao quesito do autor em que mencionava a ocorrência de fato novo (f. 151), tendo inclusive descontado - em prol do Município - o percentual de 15% relativo ao lucro deste, em caso de eventual venda da obra, que é de sua propriedade, além de impostos que eventualmente seriam gastos nesta possível negociação (f. 147-TJ), justificando, sobremaneira, o valor final encontrado, que se encontra à f. 148-TJ.

Diante disso, tenho que inteira razão assiste ao agravante quando afirma ter a douta Magistrada se utilizado de "critérios subjetivistas, extrajurídicos, externos aos autos e anticonstitucionais", ao singelo argumento de que a sentença de liquidação não estaria adstrita aos laudos técnicos realizados nos autos, nos termos do art. 436 do CPC.

Com efeito, para se afastar da conclusão de laudos técnicos tão minuciosos e taxativos, derivados de fatos concretos e dados objetivos, como os dois laudos realizados nestes autos - sob os quais nem mesmo o Município se insurgiu -, não poderia a Magistrada utilizar-se de critérios subjetivos, como fez para chegar ao *quantum*, *verbis*:

> Deferir mais que R$ 200.000,00, que, a propósito, considero suficiente, levando-se em consideração o mercado (interior de Minas Gerais, em uma cidade em que a população não tem alto poder aquisitivo - ao contrário, pois apenas uma pequeníssima minoria o tem), seria o mesmo que negar aos munícipes direitos básicos, pois com certeza faltaria numerário para várias despesas municipais...

Necessário assinalar aqui o teor do mesmo art. 436 do CPC, pelo qual se extrai que, embora não esteja o magistrado adstrito ao laudo pericial, poderá formar a sua convicção "com outros elementos ou fatos provados nos autos", o que aqui não ocorreu.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 84

Partiu a MM. Juíza de premissas subjetivas, sem qualquer respaldo nos autos, para proferir a decisão recorrida. Diante disso, correto se mostra o recorrente quando afirma ter a douta Magistrada substituído o direito positivo por valores individuais, decidindo sem qualquer base técnica sobre temas complexos, tais como política municipal, prioridades sociais, mercado de arte, situação dos artistas, dentre outros.

Com efeito, a matéria em debate - indenização por obra artística realizada e contratada por Município - é daquelas que demandam a realização de perícia técnica para o seu desate, diante das suas peculiaridades. Aliás, é fácil chegar a essa conclusão, basta analisar o teor da enorme e minuciosa perícia realizada na fase de conhecimento, para se perceber que tal matéria não poderia ser deslindada sem os conhecimentos técnicos necessários, afastando-se a aplicação do art. 335 do CPC ao caso.

Ainda assim, decidiu a d. Magistrada, f. 48, *verbis*:

> ...como já afirmado alhures, mas não se pode impingir aos munícipes que paguem por uma obra tão grandiosa se lhes faltam tantas pequenas obras a serem realizadas pelo Município, que se reverterão em benefício de milhares de pessoas, não apenas de uma.

Apesar de reconhecer que o parecer do perito é meramente opinativo, *in casu* observei que a prova pericial levada a efeito derivou de fatos concretos e objetivos, expondo com clareza os motivos que levaram ambos os peritos a concluir daquela forma. Tanto que foi elogiada pelos Magistrados que atuaram nestes autos.

Moacyr Amaral dos Santos, citando Pedro Batista Martins, leciona:

> O laudo pericial é uma conclusão que deve derivar de fatos concretos, de dados objetivos. Para que a conclusão do perito possa ter autoridade, isto é, para que o juiz possa reconhecer-lhe força persuasiva, é necessário que venha precedido da exposição dos motivos que a teriam determinado. O laudo não vale pela autoridade de quem o subscreve, mas pelas razões em que se funda a conclusão (*Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 5, n. 176, p. 289).

No mesmo sentido a jurisprudência: "Não pode o magistrado valer-se de conhecimentos pessoais, de natureza técnica, para dispensar a perícia" (*RT* 606/199).

Também com razão o recorrente quando se insurge quanto à inovação feita pela d. Magistrada, no tocante à verba honorária sucumbencial, que no processo de conhecimento foi fixada em 20% sobre o valor da condenação e reduzida, por ela, para 20% sobre o valor da causa.

Observo que o MM. Juiz, prolator da sentença no processo de conhecimento, se referiu a percentual sobre o valor da causa, quando arbitrou a verba honorária devida na medida cautelar incidental, o que levou a d. Magistrada, de forma equivocada, a prolatar a r. decisão de f. 42-TJ.

No processo de conhecimento, a verba honorária foi fixada em percentual sobre o valor da condenação. Para assim concluir, basta verificar o teor da parte dispositiva de f. 518, por via da qual o MM. Juiz fixou a verba honorária sucumbencial, no processo de conhecimento, em "20% (vinte inteiros por cento) do valor da condenação", que deverá prevalecer, sob pena de ofensa à coisa julgada material.

Diante disso, dou provimento ao agravo para reformar a r. decisão recorrida, declarando o valor liquidando como sendo aquele encontrado pela perícia realizada na fase de liquidação, cuja conclusão se encontra à f. 149-TJ, mantendo-se a verba honorária no percentual fixado sobre o valor da condenação, nos moldes da sentença de f. 513/518-TJ.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - Senhor Presidente.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 85

Anoto a presença do ilustre advogado, Dr. Olavo Tostes, nesta sessão, para assistir ao julgamento, tanto quanto registro ter recebido de S. Ex.ª, na tarde de ontem, alentado memorial em prol dos interesses de seu constituinte, o ora agravante.

Ao exame que fiz da matéria, concluí exatamente na esteira do eminente Relator e a seu judicioso voto nada teria a acrescentar. Permito-me, porém, fazer um registro brevíssimo, qual seja o da obrigação que temos, os juízes, de atender aos fins sociais a que a lei se destina, com olhos postos na realidade, e de fazer, tanto quanto possível, dos processos um instrumento de realização da justiça. Tal poder-dever não afasta a obrigação, que também temos, de observar o devido processo legal e julgar conforme a realidade dos autos.

Se é verdade, como entendeu a ilustre Juíza prolatora da decisão objurgada, que a quantia encontrada pela perícia oficial para arbitramento do valor da indenização - inequivocamente devida ao agravante - é de tal vulto que permite a realização de inúmeras obras ou a prestação de vários serviços públicos, não é menos verdade que ao Município, por meio de seus representantes judiciais, incumbe a plena defesa dos interesses da Administração, não cabendo ao Judiciário supri-los, sobretudo, superando indevidamente o instituto da preclusão e o da vinculação ao julgar os elementos objetivos estampados nos autos.

Nestes termos, acompanho o eminente Relator e dou provimento ao recurso.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL. O RELATOR E O PRIMEIRO VOGAL DAVAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, a Dr. José Olavo Tostes.

O Sr. Presidente (Des. Roney Oliveira) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 19.04.07, a meu pedido, após votarem o Relator e o Primeiro Vogal dando provimento ao recurso.

Meu voto é o seguinte.

Pedi vista dos autos na Sessão de 3 de maio último, para melhor apreciação da matéria.

Apesar da convergência dos votos precedentes, ambos provendo o recurso, julguei de bom alvitre um pedido de vista, pela excelência do memorial e da sustentação oral, produzidos pelo Dr. José Olavo Tostes, patrono do agravante, e pela complexidade da matéria e as altíssimas cifras questionadas.

Salta aos olhos, num primeiro exame, ainda que perfunctório, que a sentença, confirmada em grau recursal, ao dar pela procedência do pleito reparatório, não pode mais ser questionada sobre os eventuais acertos ou desacertos, sendo irrelevante, a esta altura, discutir sobre a existência ou inexistência de licitação ou sobre o eventual parentesco ou a eventual afinidade do artista - agravante - com um ex-prefeito, do Município responsável pela encomenda da obra artística.

A obra existe, fincada em via pública municipal, incorporada ao patrimônio público, mas resta impaga, o que implica dizer que, preferencialmente numa mesa de negociação (conciliação), busque o devedor (agravado) uma composição com o credor (agravante), pondo fim à interminável novela do "devo, não nego, pagarei quando puder".

Talvez a conciliação dê à *vexata quaestio* uma resposta mais célere e eficaz do que a desgastante e interminável contenda, em que o terçar armas pode produzir peças de incomensurável valor literário e jurídico, sem, no entanto, equacionar o que, em priscas eras, Ovídio de Abreu tão bem sintetizou: "Não basta despachar o papel; é preciso resolver o negócio".

Por isso, e porque, no dizer de Rui Barbosa, "justiça tardonha é sinônimo de injustiça", há que se chegar a um porto seguro, em que o artista receba pela sua obra, cuja

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 86

paga se reveste de caráter alimentar, sem que isso implique falência das burras municipais.

Feitas tais considerações, chegamos ao *busílis*: a inadequação da via eleita (liquidação por artigos) para se atingir o desiderato do ganhador da demanda primeva, ora exeqüente e agravante.

Com efeito, reza o art. 475-E do CPC:

> Art. 475-E. Far-se-á a liquidação por artigos quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.

Depreende-se, de tal leitura, sem grande esforço mental, que, em inexistindo fato novo, pós-sentencial, na fase executória do título judicial, não se fará a liquidação por artigos.

Pela ausência da alegação e da comprovação de fato novo, outra deve ser a via executória a ser perseguida.

Frente ao exposto, anulo, de ofício, o processo, a partir do pedido de "liquidação por artigos", até a decisão que, dando por sua acolhida, mas com substancial redução dos valores encontrados pela perícia, foi questionada pelo presente agravo, recurso hábil e adequado para tal questionamento, consoante o disposto no art. 475-H do Digesto Processual Civil, daí o seu escorreito conhecimento.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO EM PARTE O 2º VOGAL, QUE, DE OFÍCIO, ANULAVA PARCIALMENTE O PROCESSO.

-:::-

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - VEÍCULO - TRANSFERÊNCIA A TERCEIRO - PAGAMENTO - CRÉDITO TRABALHISTA - POSSE - *ANIMUS DOMINI* - PRAZO DE CINCO ANOS - IMPLEMENTAÇÃO - USUCAPIÃO - RECONHECIMENTO

Ementa: Alienação fiduciária. Veículo passado a terceiro como pagamento de crédito trabalhista. Usucapião. Posse igual ou superior a 5 anos. Requisitos.

- Tratando-se de posse de coisa móvel com lapso temporal igual ou superior a 5 anos, adquirir-lhe-á o domínio, mediante usucapião, aquele que a exercer com *animus domini*, de forma contínua e inconteste, independentemente de justo título e boa-fé.

- A causa da posse que o apelado exerce sobre o veículo objeto da usucapião fora o pagamento de seu crédito trabalhista, sendo, portanto, geradora do *animus domini*.

- O contrato de alienação fiduciária existente entre o apelante - Banco Santander - e a Embrasa não obsta o reconhecimento dos requisitos da usucapião discutida nestes autos, visto que dispensados o justo título e a boa-fé, além de se tratar de modo originário de aquisição da propriedade.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0620.05.012829-2/001 - Comarca de São Gonçalo do Sapucaí - Apelante: Banco Santander Banespa S.A., sucessor do Banco Santander Brasil S.A. - Apelado: Antônio José Ribeiro - Relator: Des. MOTA E SILVA

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 87

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, 14 de junho de 2007. - *Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Mota e Silva - Ação de usucapião ajuizada por Antônio José Ribeiro contra Empresa Brasileira de Saneamento S.A. - Embrasa - e Banco Santander Brasil S.A.

Na inicial, de f. 02/07, aduziu o autor que há mais de 05 anos se encontra na posse mansa, pacífica e ininterrupta do veículo VW Kombi, ano 1995, placa CBK 9150, que se encontra em nome da Embrasa, com alienação fiduciária passada em favor do Banco Noroeste, que fora sucedido pelo Banco Santander. Atestou que entrou na posse do veículo em 28.02.1999, tendo-o recebido da ré Embrasa como pagamento de indenização trabalhista a que fazia jus, tendo referida empresa se comprometido a lhe entregar o recibo de transferência num prazo de 05 meses, sob a alegação de que ainda faltava pagar 03 parcelas do financiamento. Reportou-se à legislação e jurisprudência. Ao final, pediu a procedência do pedido.

O réu Banco Santander Brasil S.A. apresentou contestação de f. 45/56, argüindo preliminar de indeferimento da inicial por falta de documento necessário à prova do alegado, bem como por impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que bens gravados com cláusula de inalienabilidade são insuscetíveis de usucapião. No mérito, afirmou que o autor não provou o tempo que se encontra com o veículo. Atestou que a posse não é mansa nem pacífica, tendo em vista o gravame de inalienabilidade constante do documento do veículo. Assim, pediu o acolhimento das preliminares e, caso ultrapassadas, improcedência do pedido.

Devidamente citada, conforme f. 67-v.-68, a ré Embrasa não contestou a ação.

O MM. Juiz *a quo* proferiu sentença, de f. 101/104, julgando procedente o pedido contido na inicial.

Inconformado, o réu aviou recurso de apelação, de f. 105/109, reiterando os argumentos da contestação. Ao final, pede provimento ao recurso.

Contra-razões foram apresentadas às f. 117/120.

É o relatório. Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Dispõem os arts. 1.260 e 1.261 do Código Civil:

> Art. 1.260 - Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante 3 (três) anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.
> Art. 1.261 - Se a posse da coisa móvel se prolongar por 5 (cinco) anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.

Dos dispositivos legais acima transcritos, depreende-se que, tratando-se de posse de coisa móvel com lapso temporal igual ou superior a 5 anos, adquirir-lhe-á o domínio, mediante usucapião, aquele que a exercer com *animus domini*, de forma contínua e inconteste, independentemente de justo título e boa-fé.

Ao exame dos autos, constata-se que o autor afirmou e provou que, em 28.02.1999, recebera o veículo Kombi, ano 1995, placa CBK 9150, como forma de pagamento de seu acerto trabalhista com a empresa Embrasa, veículo este que se encontra com alienação fiduciária passada em favor do apelante - Banco Santander Brasil S.A. (sucessor do Banco Noroeste S.A.).

A prova da data em que o apelado entrou na posse do referido veículo está no documento de f. 10, onde se constata que a rescisão de seu contrato de trabalho com a empresa Embrasa se dera em 28.02.1999. Também os documentos juntados às f. 12/31 demonstram a posse do veículo, pois trata-se de todos os do-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 88

cumentos relativos ao veículo, desde 1999, tais como certificados de registro e licenciamento de veículo e comprovantes de pagamento do IPVA, seguro obrigatório e taxa de licenciamento. Não bastasse, a prova testemunhal ratifica o que os documentos demonstram. Vejamos:

Testemunha José Antônio Aires Pinto, ouvida às f. 86/87:

> que o autor possui o veículo usucapiendo há uns 10 ou 11 anos mais ou menos; ... que ninguém nunca tentou tomar o veículo usucapiendo do autor; que o depoente sempre acreditou que o veículo usucapiendo pertencia ao autor; que o autor sempre deu manutenção e pagou os impostos incidentes sobre o veículo usucapiendo.

Testemunha José Antônio Ribeiro de Melo, ouvida às f. 88/89:

> que o autor possui o veículo usucapiendo há uns sete anos mais ou menos; que o autor adquiriu o veículo em pagamento de direitos trabalhistas da empresa em que trabalhava...

Com efeito, tem-se por provada a posse exercida pelo autor por lapso temporal superior a 5 (cinco) anos. Resta-nos, pois, a análise dos demais requisitos, ou seja, o exercício da posse com *animus domini*, de forma contínua e inconteste.

O *animus domini*, em meu entendimento, está configurado, tendo em vista que o apelado recebera o veículo *sub judice* como pagamento de seu crédito trabalhista. Em outras palavras, o apelado recebera o veículo com o escopo de integrar seu patrimônio, pois toda e qualquer indenização recebida passa a integrar o patrimônio de quem a recebe.

Nesse contexto, tem-se que a causa da posse que o apelado exerce sobre o veículo objeto da usucapião fora o pagamento de seu crédito trabalhista, sendo, portanto, geradora do *animus domini*.

A forma contínua e inconteste está provada nos depoimentos das testemunhas, acima transcritos. Ressalte-se que o apelante não alegou, em momento algum, que se tenha utilizado de algum meio para efetivar a retomada do veículo, o que ratifica a forma inconteste em que o apelado possuiu o bem.

Por fim, ressalto que, a meu sentir, o contrato de alienação fiduciária existente entre o apelante - Banco Santander - e a Embrasa não obsta o reconhecimento dos requisitos da usucapião discutida nestes autos, visto que dispensados o justo título e a boa-fé, além de se tratar de modo originário de aquisição da propriedade.

Pelo exposto, considerando tudo quanto foi visto, nego provimento ao recurso, mantendo-se inalterada a bem-lançada sentença hostilizada.

Custas recursais, pelo apelante.

O Sr. Des. Maurílio Gabriel - Também entendo que, independentemente de justo título e boa-fé, é possível deferir pretensão de aquisição originária da propriedade quando já implementado o prazo de cinco anos de posse direta decorrente de contrato de alienação fiduciária. A inércia da instituição financeira em reaver o bem de sua propriedade enseja o reconhecimento da posse *ad usucapionem* (ac. un. da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível 70009337395, Rel.ª Des.ª Walda Maria Melo Pierro, j. aos 23 de maio de 2006).

Por isso, acompanho o voto do em. Relator para igualmente negar provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

O Sr. Des. Bitencourt Marcondes - De acordo com o eminente Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 89

REGISTRO - AVERBAÇÃO - ALIENAÇÃO DE IMÓVEL - IMPEDIMENTO - TERRAS DEVOLUTAS - AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - IMPROCEDÊNCIA - TRÂNSITO EM JULGADO - CANCELAMENTO ANTERIOR - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Direito processual civil. Direito registral. Apelação. Impedimento de alienação de imóvel, em razão de ajuizamento de ação discriminatória de terras devolutas estaduais. Sentença que julga improcedente a ação. Cancelamento da averbação antes do trânsito em julgado. Impossibilidade jurídica do pedido.

- A teor do disposto nos arts. 246 e seguintes da Lei 6.015/73, somente após o trânsito em julgado da decisão judicial que julga improcedente ação discriminatória de terras devolutas, poderá ser realizado o cancelamento parcial ou total de ato constante do registro público de imóveis.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0710.06.012921-4/001 - Comarca de Vazante - Apelantes: Eli Bernardes Dias e sua mulher - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: Des. MOREIRA DINIZ

Acórdão

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

Belo Horizonte, 24 de maio de 2007. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu susutentação oral, pelo apelante, o Dr. Bernardo Câmara.

O Sr. Des. Moreira Diniz - Cuida-se de apelação contra sentença do MM. Juiz da Comarca de Vazante, que indeferiu a petição inicial de uma "ação de cumprimento de sentença" ajuizada por Eli Bernardes Dias e sua mulher contra o Estado de Minas Gerais.

A sentença extinguiu o processo, sem a solução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, ante o entendimento de que o cancelamento de registro requerido pelos autores somente pode ser realizado após o trânsito em julgado da decisão que julgou improcedente ação discriminatória de terra devoluta estadual.

Os apelantes alegam que, em 18.03.02, o Estado de Minas Gerais ajuizou ação discriminatória de terra devoluta estadual; que, quando do recebimento da referida ação pelo Juiz, o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Vazante foi intimado para que se abstivesse de efetuar registro, averbação e anotação envolvendo a área discriminada, sob pena de crime de prevaricação; que o pedido formulado na ação discriminatória de terras devolutas foi julgado improcedente, sendo a sentença confirmada em sede de reexame necessário; que não existe restrição legal para que a sentença produza os seus efeitos; que ao caso dos autos se aplica o procedimento definido na Lei 6.383/76; que o início do cumprimento da sentença, por execução provisória, advém de determinação do Tribunal de Justiça, quando confirmou a sentença que julgou improcedente a ação discriminatória; que o pedido formulado na "ação de cumprimento de sentença" é juridicamente possível; que a sentença aplicou a Lei 6.015/73 em detrimento da Lei 6.386/76, que regula o procedimento da ação discriminatória de terras devolutas e autoriza a execução provisória; que não se trata de averbação de questões atinentes a direitos reais, realizada pela vontade dos interessados do ato notarial, mas de uma ordem judicial de averbação, referente a um processo no qual o pedido do Estado de Minas foi indeferido, e cujo recurso de apelação possui somente efeito

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 90

devolutivo; que a execução provisória, como instrumento processual capaz de impor efetividade ao comando da decisão judicial, não pode ter sua aplicação negada. Pugna pelo provimento do recurso, para que, em sede de tutela antecipatória recursal, seja tornada "sem efeito a determinação constante da averbação AV-4-2200, de 21.08.2002, da matrícula 2.200, afastando qualquer ordem de restrição de venda sobre o imóvel registrado" (f. 97).

Observo que foram satisfeitos os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual conheço do recurso.

De início, ressalto que, ao contrário do que alegam os apelantes, quando da confirmação da sentença que julgou improcedente a ação discriminatória, não houve, por parte deste Tribunal, reconhecimento da possibilidade jurídica do pedido de expedição de mandado judicial para tornar sem efeito a restrição de venda do imóvel determinada pelo Juiz de primeiro grau.

Naquele julgamento, apenas informei ao procurador dos ora apelantes que o requerimento de expedição de ofício deveria ser realizado em primeiro grau, porque a medida continha natureza executória; assim, naquele julgamento, o Tribunal não tinha competência para apreciar um julgado ainda não concluído (f. 59/60).

Por outro lado, não foi realizado juízo de mérito acerca de quando poderia ser ajuizada a execução provisória, mesmo porque, conforme mencionado, o Tribunal não tinha competência para apreciar a referida questão.

No mais, verificada a incompetência do Tribunal para apreciar o requerimento formulado pelos ora apelantes, estes ajuizaram, na Comarca de Vazante, "ação de cumprimento de sentença", requerendo o cancelamento da averbação que restringia a venda de seu imóvel.

O Juiz entendeu que havia impossibilidade jurídica do pedido, porque o cancelamento da averbação somente poderia ser realizado após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 259 da Lei 6.015/73, e, assim, indeferiu a petição inicial.

A sentença não merece reparo.

O Capítulo VIII do Título V da Lei 6.015/73, que dispõe sobre a averbação e o cancelamento dos registros de imóveis, não deixa dúvida de que, somente após o trânsito em julgado da decisão judicial, poderá ser realizado o cancelamento parcial ou total de ato constante do registro público de imóveis. Confira-se:

> Art. 246 - Além dos casos expressamente indicados no item II do art. 167, serão averbadas na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro.
> Art. 247 - Averbar-se-á, também, na matrícula, a declaração de indisponibilidade de bens, na forma prevista na Lei.
> Art. 248 - O cancelamento efetuar-se-á mediante averbação, assinada pelo oficial, seu substituto legal ou escrevente autorizado, e declarará o motivo que o determinou, bem como o título em virtude do qual foi feito.
> Art. 249 - O cancelamento poderá ser total ou parcial e referir-se a qualquer dos atos do registro.
> Art. 250 - Far-se-á o cancelamento:
> I - em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado.

Nesse ponto, há que se dizer que os dispositivos mencionados não confrontam com o art. 21 da Lei 6.383/76, segundo o qual da sentença proferida em ação discriminatória de terras devolutas "caberá apelação somente no efeito devolutivo, facultada a execução provisória".

Em primeiro lugar, porque a referida lei não revogou ou alterou a Lei de Registros Públicos. Em segundo lugar, porque a interpretação a ser dada ao art. 21 da Lei 6.383/76 é que, das sentenças que julgam procedente a ação discriminatória de terras devolutas, caberá apelação somente no efeito devolutivo, facultada a execução provisória. A essa conclusão se chega pela leitura do art. 22 da mesma lei. Confira-se:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 91

A demarcação da área será procedida, ainda que em execução provisória da sentença, valendo esta, para efeitos de registro, como título de propriedade.

Na verdade, a sentença que julga improcedente a ação discriminatória de terras devolutas não pode ser provisoriamente executada, mesmo porque está sujeita a reexame necessário. Não se trata de "retrocesso e obstáculo à própria efetivação do processo", conforme alegam os apelantes, mas de observância da legislação e dos princípios que regem os registros públicos.

Enfim, enquanto não transitada em julgado a decisão que julgou improcedente a ação discriminatória, é impossível o pedido formulado pelos apelantes, no sentido de que seja cancelada a averbação que impede a alienação de seu imóvel. Dessa forma, correta a sentença que indeferiu a petição inicial e, em conseqüência, extinguiu o processo, sem a resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, ausente o direito dos apelantes, não há que se falar em tutela antecipatória recursal.

Com tais apontamentos, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos apelantes.

O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Bernardo Câmara.

O Sr. Presidente (Des. Almeida Melo) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 03.05.2007, a pedido do Revisor, após votar o Relator, negando provimento ao recurso.

Com a palavra o Desembargador Dárcio Lopardi Mendes.

O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes - Trata-se de apelação interposta por Eli Bernardes Dias e sua mulher contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Vazante, que, nos autos da ação de cumprimento de sentença anulatória proposta, indeferiu a pretensão inicial, por impossibilidade jurídica do pedido, e extinguiu o feito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Em suas razões, o apelante alega que o pedido é juridicamente possível e não existe qualquer causa para indeferimento da petição inicial.

Aduz que não se aplicam na presente lide as regras previstas na Lei de Registro Público, pois a restrição constante da averbação advém de uma determinação judicial, e não da vontade das partes.

Ressalta que a decisão proferida é um retrocesso e um obstáculo à própria efetivação do processo, destacando que se aplicam, no presente caso, os arts. 20 e 21 da Lei 6.383/79.

Ao final, pugna pela tutela recursal.

Assim como o ilustre Relator, conheço do recurso, porquanto presentes seus pressupostos legais de admissibilidade, e nego provimento, apresentando, tão-somente, as seguintes razões:

A controvérsia dos autos reside em estabelecer se é possível o cancelamento, através de execução provisória, de averbação de registro público antes do trânsito em julgado da decisão da ação discriminatória de terras devolutas que julgou improcedente o pedido.

De acordo com inciso I do art. 250 da Lei de Registro Público nº 6.015/73, o cancelamento da averbação no registro só pode ocorrer após decisão transitada em julgado.

Por oportuno, transcrevo:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 92

> Art. 250 - Far-se-á o cancelamento:
> I - em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado.

Dessa forma, a lei é expressa quanto à permissão de alteração do registro público, que só pode ocorrer por decisão judicial transitada em julgada, isso porque as informações constantes do registro público detêm a presunção de veracidade, só podendo ser alteradas ou canceladas, no caso, após passar pelo crivo do Judiciário, sem qualquer possibilidade de revisão do julgado.

Isso se dá pela segurança jurídica das relações sociais, pois sabemos que, para se ter a possibilidade de o ser humano conviver em sociedade, é necessária a ordem e o Direito, que é quem viabiliza a disciplina, estabelecendo limites, assegurando direitos e atribuindo obrigações.

Nesse diapasão, importante citar Walter Cruz Swesson, que, na introdução de sua obra *Lei de Registros Públicos anotada*, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, pontua:

> No ordenamento jurídico, cabe ao Direito Civil disciplinar o relacionamento entre os particulares, para que estes possam manter, na medida do possível, uma convivência pacífica e harmoniosa de uns com os outros, visando ao bem comum e ao progresso.
> (...)
> Traçou, assim, a legislação civil as regras gerais a serem atendidas quando do exercício da administração pública dos interesses privados.
> E, para implementar tal exercício, foi editada a Lei de Registros Públicos.

Dessa forma, tem-se a importância de presunção de veracidade dos registros públicos, sendo importante a previsão da lei em relação a sua alteração, de forma taxativa, qual seja: por decisão judicial, vontade das partes envolvidas ou requerimento do interessado instruído com documento hábil.

Não obstante, é de nosso conhecimento a Lei 6.383/76, que disciplina acerca da ação de discriminação de terras devolutas; contudo, tenho que, no presente caso, sua aplicação não compromete a vigência e a conformação com a Lei de Registros Públicos, vejamos.

Ora, o art. 21 citado pelo autor para pleitear a execução provisória, com vistas a permitir o cancelamento da averbação registral, não se aplica ao caso, isso porque, como se pode ver da exegese da Lei de Discriminação de Terras Devolutas, a possibilidade de execução provisória de sentença só ocorre quando o pedido feito pelo órgão competente é julgado procedente.

Tal fato ocorre porque a ação tem como prerrogativa a defesa do interesse da coletividade, para difundir e possibilitar a função social da propriedade, não podendo estender os seus efeitos ao pleito particular.

Dessa forma, cumpre citar os arts. 21 e 22 da Lei de Discriminação de Terras Devolutas, pois pela interpretação gramatical e teleológica a conclusão é lógica: caberá execução provisória somente quando o pedido for julgado procedente, pois a demarcação de área só pode ser pleiteada pelos órgãos competentes para interpor a ação de discriminação, e isso só será feito em caso de deferimento do pedido:

> Art. 21 - Da sentença proferida caberá apelação somente no efeito devolutivo, facultada a execução provisória.
> Art. 22 - A demarcação da área será procedida, ainda que em execução provisória da sentença, valendo esta, para efeitos de registro, como título de propriedade.

Assim, em consonância com o voto do ilustre Colega, tenho que a sentença que julga improcedente a ação discriminatória não pode ser objeto de execução provisória, pois está sujeita, obrigatoriamente, ao reexame necessário.

Ademais, é cediço que a Lei de Registro Público não foi, em nenhum momento, revogada pela Lei de Discriminação de Terras Devolutas.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 93

Cumpre, ainda, citar o art. 259 da Lei de Registros Públicos, que de forma expressa assevera que "o cancelamento não pode ser feito em virtude de sentença sujeita, ainda, a recurso", que é justamente o caso dos autos, pois a ação encontra-se em grau de recurso e está sujeita ao reexame necessário.

Nesse sentido, Walter Ceneviva, em sua obra *Lei dos Registros Públicos comentada*, 8. ed., Editora Saraiva, 1993, p. 450, que, ao falar sobre o cancelamento ou averbação do registro público, explica:

> Entre nós se abrandou o rigor germânico da presunção absoluta de validade do registro, ao se admitir forma de sua retificabilidade, limitada pela obrigatória exaustão de todos os recursos eventualmente opostos ao pedido de cancelamento, até o extraordinário. A modo de não pôr em risco os requisitos de autenticidade, segurança e de eficácia que lhe são próprios, por ataque de sentença sujeita a qualquer espécie de reexame judicial.

Corrobora os ensinamentos Theotonio Negrão, *in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 37. ed., Saraiva, 2005, p. 702:

> Quanto ao registro de imóveis, o cancelamento total ou parcial de qualquer ato pode ser feito 'em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado' (LRP 250-I) ou, o que é a mesma coisa, não pode ser feito 'em virtude de sentença sujeita, ainda, a recurso' (LRP 259).

Assim, ausente previsão, em qualquer norma jurídica do pedido do autor, é de se reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido, sendo pertinente, nesta seara, a citação dos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior, *in Curso de direito processual civil*, 18. ed., Editora Forense, 1996, v. I, p. 53 e seguintes:

> Pela impossibilidade jurídica, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico.

Isso posto, na esteira do voto do ilustre Relator, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

O Sr. Des. Almeida Melo - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO ANULATÓRIA - IMÓVEL - ALIENAÇÃO - FRAÇÃO IDEAL DO CONDOMÍNIO - NOTIFICAÇÃO DO CONDÔMINO - OBRIGATORIEDADE - ART. 504 DO CÓDIGO CIVIL - DIREITO DE PREFERÊNCIA - DEPÓSITO DO PREÇO - ANULAÇÃO DO NEGÓCIO

Ementa: Ação anulatória. Direito de preferência. Condomínio. Alienação de parte do imóvel. Ausência de notificação do condômino. Art. 504 do Código Civil. Depósito do preço. Anulação do negócio. Transmissão do bem ao consorte.

- Encontrando-se o bem em estado de indivisão, o condômino que desejar alienar sua fração ideal do condomínio deve obrigatoriamente notificar os demais condôminos para que possam exercer o direito de preferência na aquisição, nos termos do art. 504 do Código Civil.

- O condômino que não teve a oportunidade de exercer o direito de preferência poderá fazê-lo

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 94

após a alienação do imóvel, depositando o preço e havendo para si a parte vendida sem seu conhecimento.

APELAÇÃO CÍVEL n° 1.0508.06.001559-3/001 - Comarca de Piranga - Apelantes: Erci Vidigal Silva Maia e outros - Apelados: Raimundo Santana Maia e outra - 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 REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 2 de maio de 2007. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Alvimar de Ávila - Trata-se de recurso de apelação interposto por Erci Vidigal Silva Maia e outros, nos autos da ação anulatória de ato jurídico combinada com direito de preferência movida por Raimundo Santana e por sua esposa, Maria Lígia Vidigal Maia, contra decisão que julgou procedente o pedido inicial, declarando nula a compra e venda realizada entre os requeridos, e determinou a adjudicação, aos autores, da área objeto do negócio jurídico (f. 98/109).

Em suas razões, alegam os apelantes, preliminarmente, cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide; a nulidade do processo, por ausência de citação da esposa do Sr. Argemiro Umbelino da Silva; e a extinção da ação, por impossibilidade de cumulação dos pedidos. No mérito, sustentam que o imóvel é divisível, inexistindo o direito de preferência em favor do condômino; que a argüição de anulação do ato por vício de consentimento não foi analisada pela r. decisão recorrida; que não se aplica o direito de preferência no caso de cessão do direito hereditário para habilitação em inventário; que a pretensão de aquisição do imóvel, pelos recorridos, perde o objeto com a anulação do negócio; que os autores não comprovaram a indivisibilidade do imóvel (f. 111/119).

Contra-razões (f. 127/136) pela manutenção da r. sentença recorrida, sustentando os apelados, preliminarmente, a ausência de interesse em recorrer e a irregularidade de representação dos recorrentes.

Inicialmente, passa-se ao exame da preliminar de ausência de interesse de recorrer argüida pelos recorridos.

Sustentam os requerentes que, tendo sido julgados procedentes os pedidos formulados em sua inicial e considerando que os requeridos não sofrerão qualquer prejuízo decorrente do reconhecimento do direito de preferência, pois os vendedores receberam o valor pela alienação do imóvel e o comprador será reembolsado do montante por ele despendido através da quantia depositada judicialmente, inexiste o interesse em recorrer por parte dos apelantes.

Tem-se que o interesse em recorrer decorre do prejuízo advindo da decisão hostilizada. No caso dos autos, julgado procedente o pedido de anulação do ato jurídico e determinada a adjudicação do imóvel objeto do contrato aos autores, não resta dúvida quanto ao interesse dos requeridos, sucumbentes, em recorrer, a fim de ver reconhecida a existência e a validade do instrumento contratual, em razão da divisibilidade do imóvel, bem como sua manutenção.

Nas lições de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Tem interesse em recorrer aquele que não obteve do processo tudo o que poderia ter obtido. Deve demonstrar necessidade + utilidade em interpor o recurso, como o único meio para obter, naquele processo, algum proveito do ponto de vista prático. Se a parte puder obter o benefício por outro meio que

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 95

> não o recurso, não terá interesse em recorrer (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

A jurisprudência já assentou que:

> Para recorrer, não basta ter legitimidade: é preciso também ter interesse (*RT* 471/167), e este decorre do prejuízo que a decisão, a sentença ou o acórdão possam ter causado (*RTJ* 66/204, 71/749, 72/574, 74/391, 76/512, 104/779, 148/928, 156/1.018; STF-*JTA* 62/220; *RTFR* 71/102, RT 604/78, *JTA* 94/295) (NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, p. 382).

Assim, rejeita-se a preliminar e conhece-se do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Em segunda preliminar, alegam os recorridos que os dois primeiros apelantes outorgaram procuração tão-somente para apresentação de contestação e que o terceiro recorrente já possuía procurador nos autos, não podendo o instrumento de f. 121 anular o anterior, razão pela qual a representação nos autos se encontra defeituosa.

Entretanto, analisando o instrumento de procuração de f. 68, verifica-se que os vendedores do imóvel outorgaram amplos e ilimitados poderes aos seus procuradores para representá-los nos autos, dentre eles o de interpor recursos, e não só para apresentação da defesa.

Ainda, observa-se que o Sr. Argemiro Umbelino da Silva, através da procuração de f. 121, constituiu regularmente os procuradores que subscrevem a peça recursal aviada em seu nome. O erro ao transcrever o número da ação na procuração, por si só, não é capaz de ocasionar sua invalidade.

Ademais, apesar de a assinatura constante no instrumento de f. 121 não corresponder àquela constante na procuração de f. 76, tem-se que não demonstraram os recorridos qualquer irregularidade capaz de ensejar a realização de perícia grafotécnica, sendo importante ressaltar que incumbe à parte prejudicada argüir a eventual falsidade, e não aos recorridos.

Por fim, cumpre ressaltar que a eventual afronta ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil deverá ser suscitada pela parte interessada, que se sentir prejudicada, perante a comissão disciplinar da entidade, não incumbindo a este Tribunal apurar a suposta irregularidade na constituição do procurador.

Dessa forma, afastada a alegação de irregularidade na constituição dos procuradores e de ausência de poderes para interposição do recurso, rejeita-se a preliminar.

Passa-se ao exame das preliminares argüidas pelos recorrentes.

Em primeira preliminar, alegam os apelantes que a sentença recorrida é nula, pois foi proferida antes de produzida a prova pericial e testemunhal expressamente solicitada.

Contudo, tem-se que o julgamento antecipado da lide era perfeitamente possível na hipótese dos autos, diante do que prescreve o art. 330, I, do Código de Processo Civil:

> Art. 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
> I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

As provas acostadas ao processo foram suficientes para proferir sentença definitiva, estando em perfeita consonância com a segunda parte do inciso I do referido artigo.

É que, se o juiz, ante as peculiaridades da espécie, se convence da possibilidade do julgamento antecipado da lide e, no estado em que o processo se encontra, profere sentença, desprezando a dilação probatória, não há que se falar em cerceamento de defesa, visto a manifesta inutilidade ou o claro intuito protelatório da coleta de prova.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 96

> Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder (4ª T., REsp 2.832-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *DJU* de 17.09.90).

Descabida, portanto, a alegação genérica de cerceamento de defesa se o processo foi regido com estrita observância do princípio do devido processo legal, motivo pelo qual se rejeita a preliminar.

Em segunda preliminar, alegam que o processo é nulo, pois a esposa do adquirente do imóvel não foi citada para integrar o pólo passivo do processo, conforme previsto no art. 10, § 1º, I, do Código de Processo Civil.

Razão não lhes assiste. Tratando-se de ação onde se visa à rescisão do contrato de compra e venda firmado pelos recorrentes, com o intuito de exercerem os apelados seu direito de preferência, tem-se que o caso presente não se enquadra em qualquer das hipóteses mencionadas nos incisos I a IV do § 1º do art. 10 do Código de Processo Civil, sendo desnecessária a citação do cônjuge do adquirente, por se tratar de direito pessoal.

Nesse sentido:

> Sentença - Ação de rescisão contratual - Nulidade - Omissão, falta de citação e notificação - Preliminares rejeitadas - Arrependimento - Possibilidade - Art. 1.088 do Código Civil de 1916.
> - Não obstante a imprecisão acerca da matéria supostamente omitida na sentença, não há se falar em nulidade do *decisum*, haja visto ter o magistrado primevo acolhido integralmente o pedido inicial.
> - Salvo as hipóteses previstas no § 1º do art. 10 do CPC, não há necessidade da citação compulsória do cônjuge, ainda mais no caso dos autos, em que a ação não versa sobre 'direitos reais imobiliários', mas, sim, acerca de compromisso de compra e venda de imóvel.
> - Não sendo o pedido de resolução baseado em inexecução culposa de contrato, desnecessária a interpelação do réu para constituí-lo em mora, porquanto não é o inadimplemento o fundamento do pedido.
> - Consoante o art. 1.088 do Código Civil pretérito, é possível o arrependimento de promessa de compra e venda de unidade imobiliária (TAMG, 8ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 2.0000.00.409913-6/000, Rel. Juiz Mauro Soares de Freitas, j. em 05.03.2004, *DJ* de 17.03.2004).

> Quebra do compromisso de compra e venda - Citação do cônjuge - Desnecessidade - Natureza pessoal. - Em rescisória contratual de contrato de compra e venda de imóvel, por se tratar de direito pessoal, não se exige a citação do cônjuge do contratante (TAMG, 5ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 2.0000.00.455034-9/000, Rel.ª Juíza Eulina do Carmo Almeida, j. em 17.02.2005, *DJ* de 09.03.2005).

Importante ainda observar que o contrato foi firmado somente pelo terceiro apelante, sem a intervenção de sua esposa. Considerando que o contrato somente produz efeitos entre as partes, contratantes, tem-se, como desnecessária a citação do cônjuge, que não irá suportar os efeitos da rescisão contratual.

Corroborando tal entendimento, cita-se o seguinte julgado deste Tribunal:

> Apelação - Cobrança - Contrato particular de compra e venda - Cônjuge que não participou da avença - Ilegitimidade passiva - Cerceamento de defesa descaracterizado - Infração contratual - Prazo para o comprador providenciar transferência de titularidade de financiamento - Adimplemento - Multa devida - Recurso provido.
> - O requerimento de cobrança de multa contratual, ainda que se refira a contrato de compra e venda de imóvel, possui natureza de direito pessoal, razão pela qual se faz dispensada a citação do cônjuge, mesmo porque nem sequer participou da avença, não se aplicando o inciso I do § 1º do art. 10 do Código de Processo Civil.
> - A tese de cerceamento de defesa se descaracteriza quando se debate tema advindo de interpretação de cláusulas de contratos presentes nos autos.
> - Providenciada a transferência do financiamento do imóvel dentro do prazo previsto, resta descaracterizado o inadimplemento contratual noticiado na exordial, pelo que

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 97

> incabível a multa ora requerida (TAMG, 9ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 2.0000.00.466981-0/000, Rel. Juiz Irmar Ferreira Campos, j. em 22.10.2004, *DJ* de 11.11.2004).

Assim, afastada a necessidade de citação do cônjuge do Sr. Argemiro no presente feito, não há como ser acolhida a preliminar.

Finalmente, alegam os apelantes a impossibilidade de cumulação da ação anulatória de ato jurídico com o direito de preferência.

Entretanto, tem-se que, para que o direito de preferência postulado pelos apelados possa ser acolhido, faz-se necessário, primeiramente, que seja declarada a invalidade do negócio jurídico entabulado entre as partes, não havendo óbice à cumulação dos pedidos, que, ao contrário do que alegam os recorrentes, não são incompatíveis.

Com esses fundamentos, rejeita-se a preliminar.

Passa-se ao exame do mérito.

Cuidam os autos de uma ação de preferência ajuizada pelos apelados, objetivando a aquisição, mediante o respectivo depósito do preço, da parcela do imóvel do qual são condôminos, vendida pelos primeiros requeridos ao segundo.

Alegam que são co-proprietários do bem, uma vez que nenhum dos condôminos providenciou a divisão do terreno e que deveriam ter sido notificados acerca da venda, para que pudessem exercer o direito de preferência.

Inicialmente, torna-se importante esclarecer que a certidão de f. 24/27 comprova que os autores e os primeiros requeridos adquiriram, por testamento, o terreno de 9,0750 ha situado no lugar denominado "Pasto do Pio", na cidade de Piranga/MG, na proporção de 1/3 para cada, constituindo assim o condomínio sobre o imóvel.

Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira, acerca do condomínio:

> Dá-se condomínio, quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes. (...) A cada condômino é assegurada uma quota ou fração ideal da coisa, e não uma parcela material desta. Cada cota ou fração não significa que a cada um dos co-proprietários se reconhece a plenitude dominial sobre um fragmento físico do bem, mas que todos os comunheiros têm direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade dele, limitados contudo na proporção quantitativa em que concorre com os outros co-proprietários na titularidade sobre o conjunto (*Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, p.175/176).

Dessa forma, comprovado o condomínio estabelecido entre os autores e os primeiros requeridos sob o imóvel em tela, para que a venda a terceiros ocorresse, deveriam os alienantes ter notificado os condôminos acerca do negócio que pretendiam realizar, nos termos do art. 504 do Código Civil, que assim dispõe:

> Art. 504 - Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de decadência.

Não obstante, após minuciosa análise dos autos, extrai-se que não houve notificação ou qualquer comunicação aos requerentes por parte da Sr.ª Erci Vidigal da Silva Maia ou de seu marido, quando da venda da fração do imóvel ao terceiro recorrente, restando sobejamente demonstrado que não foi dada a oportunidade aos autores de exercerem o direito de preferência.

Em sua defesa, alegaram os vendedores que o Código Civil assegura ao condômino o direito de preferência somente quando a aquisição se referir à coisa indivisível, não devendo ser aplicado no caso dos autos, pois trata-se de cessão de direito hereditário, passível de divisão.

Entretanto, razão não lhes assiste, pois, independentemente de o bem ser divisível ou de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 98

ter sido objeto de cessão de direito hereditário, entende-se que, encontrando-se o mesmo em estado de indivisão no momento da alienação (f. 17/18), deveriam os primeiros recorrentes ter notificado os autores, condôminos, para que pudessem exercer o direito de preferência, no intuito de adquirir a fração do imóvel.

Nesse sentido:

> Direito civil. Cessão de direitos hereditários. Direito de prelação. Aplicabilidade do disposto no art. 1.139, CC. Precedentes (REsp 4180-SP E 9934-SP). Recurso provido.
> I - Os co-herdeiros, antes de ultimada a partilha, exercem compropriedade sobre os bens que integram o acervo hereditário *pro indiviso*, sendo exigível, daquele que pretenda ceder ou alhear seu(s) quinhão(ões), conferir aos demais oportunidade para o exercício de preferência na aquisição, nos moldes do que preceitua o art. 1.139, CC.
> II - Tal exigência é de inafastável aplicabilidade a todos os casos de cessão de direitos hereditários, de alienação de fração ou cota ideal da herança indivisa, não havendo que se excepcionarem situações casuísticas (como, por exemplo, a de serem divisíveis os bens que a integrem), tendo em vista as vicissitudes próprias do processo de inventário, que podem conduzir a imprevisíveis perplexidades e inconvenientes.
> III - Em que pese a controvérsia existente no tema, merece ser prestigiado o entendimento segundo o qual a venda e a cessão de direitos hereditários, em se tratando de bem indivisível, se subordinam à regra do art. 1.139 do Código Civil, que reclama seja dada preferência ao condômino co-herdeiro.
> IV - Em linha de princípio, a orientação legal é no sentido de evitar o ingresso de estranho no condomínio, preservando-o de futuros litígios e inconvenientes.
> V - A interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade (STJ, Quarta Turma, REsp nº 50226/BA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 23.08.1994, *DJ* de 19.09.1994, p. 247).

> Civil. Recurso especial. Condomínio. Alienação de parte ideal por condômino. Estado de indivisão do bem. Direito de preferência dos demais condôminos.
> - Na hipótese de o bem se encontrar em estado de indivisão, seja ele divisível ou indivisível, o condômino que desejar alienar sua fração ideal do condomínio deve obrigatoriamente notificar os demais condôminos para que possam exercer o direito de preferência na aquisição, nos termos do art. 1.139 do CC/1916. Precedentes da Quarta Turma. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 2ª Seção, REsp nº 489860/SP, Rel.ª Min. ª Nancy Andrighi, j. em 27.10.2004, *DJ* de 13.12.2004, p. 212).

Logo, não tendo ocorrido a notificação dos autores acerca da compra e venda realizada entre os réus, e demonstrado que o imóvel encontrava-se em estado de indivisão no momento da alienação (f. 17/18), não resta dúvida quanto à procedência dos pedidos anulatórios e de preferência dos condôminos, que depositaram previamente o preço (f. 44), para a aquisição do bem, conforme preceitua o art. 504 do Código Civil de 2002.

Convém salientar que, ao contrário do que alegam os recorrentes, a procedência do pedido anulatório não resulta na perda de objeto do direito de preferência, pois, conforme bem dispôs o ilustre Magistrado *a quo*, a anulação do negócio não desobriga o alienante de realizar a transferência do imóvel ao condômino, sob pena de dar-se guarida ao abuso de direito por parte dos condôminos que quisessem alienar suas propriedade em desacordo com as normas do Código Civil vigente.

Finalmente, entende-se que não há como ser acolhida a alegação de omissão da sentença, pois em momento algum foi argüida a anulação do ato em razão de vício de consentimento.

Pelo exposto, rejeitam-se as preliminares e nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. decisão monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelos apelantes.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 99

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

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÂO POR TÍTULO JUDICIAL - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - EMBARGOS DO DEVEDOR - IMÓVEL RURAL - MÓDULO RURAL - IMPENHORABILIDADE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO-CARACTERIZAÇÃO

Ementa: Apelação cível. Embargos do devedor. Execução de sentença. Honorários de advogado. Executados não beneficiários da justiça gratuita. Título exigível. Imóvel rural. Impenhorabilidade. Módulo rural. Litigância de má-fé. Recurso parcialmente provido.

- É exigível o crédito referente a honorários de sucumbência arbitrados no processo de conhecimento quando a parte que sucumbiu não estava sob o pálio da justiça gratuita.

- O imóvel rural é absolutamente impenhorável quando a sua área é inferior a um módulo rural e também é o único de que dispõem os executados.

- Ao litigante em processo judicial é assegurado o direito de questionar o que julgar necessário à ampla defesa dos seus direitos, não constituindo o exercício de direito litigância de má-fé, que não pode ser presumida.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0481.03.024015-6/001 - Comarca de Patrocínio - Apelante: Edson de Oliveira - Apelados: Paulo Antônio Henrique da Silva e outra - Relator: Des. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL E FAZER RECOMENDAÇÕES.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2007. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. João Batista de Campos Rocha.

O *Sr. Des. José Flávio de Almeida* - Sr. Presidente. Ouvi atentamente a sustentação oral proferida da tribuna pelo ilustre causídico.

Edson de Oliveira interpõe recurso de apelação contra a sentença de f. 64/67, que, nos autos de embargos à execução de sentença ajuizados por Paulo Antônio Henrique da Silva e Vera Inez Machado, julgou-os parcialmente procedentes para declarar a impenhorabilidade do imóvel constrito em garantia na ação de execução e também "a inexeqüibilidade dos valores executados a título de honorários de sucumbência" (*sic*), sob o fundamento de que os apelados estão sob o pálio da justiça gratuita.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

A controvérsia posta nos autos diz respeito a uma ação de embargos à execução de honorários advocatícios, arbitrados em ação de rescisão de contrato, em que se discute nesse

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 100

recurso a exigibilidade ou não do título executivo judicial, bem como a aplicabilidade ou não da Lei nº 8.009/90 sobre o imóvel penhorado.

Na petição de f. 231/232, o apelante requereu a execução dos honorários advocatícios arbitrados na sentença da ação de rescisão de contrato c/c perdas e danos proposta pela apelante sob o fundamento de que

> o presente feito transitou em julgado, conforme pode ser visto pela certidão de f. 221, em 1º de novembro de 2000, entretanto até a presente data, os executados não se dispuseram ao pagamento das custas e honorários (f. 243 - *sic*).

Vê-se que os apelados requereram os benefícios da justiça gratuita na petição inicial do processo de conhecimento, nos seguintes termos:

Requerem, finalmente, os benefícios da justiça gratuita, por encontrarem-se os requerentes em situação financeira que não lhes permite arcar com os custos da presente ação sem que haja desfalque ao necessário à sobrevivência (f. 06 - *sic*).

O MM. Juiz ao despachá-la indeferiu esse pedido sob o fundamento de que

> os autores são fazendeiros, a natureza do negócio jurídico e a contratação de advogados particulares fazem presumir que possuem eles plenas condições de arcar com as custas do processo (f. 30 - *sic*).

Contra essa decisão foi interposto recurso de agravo de instrumento distribuído ao eminente Des. Manuel Saramago, integrante da 2ª Câmara Cível no extinto Tribunal de Alçada, que, ao analisar o pedido de concessão de efeito suspensivo, deixou consignado que:

> Defiro o pedido liminar apenas com relação ao recebimento do recurso desprovido de preparo, porquanto fica deferida a assistência judiciária, cuja concessão, nos termos da Lei nº 1.060/50, prescinde de simples declaração da parte interessada.
> Quanto à antecipação da tutela, indefiro o pretendido efeito suspensivo, por não vislumbrar a hipótese do art. 558 do Código de Processo Civil (f. 48 - *sic*).

O Colegiado negou provimento ao recurso sob a alegação de que

> impõe-se o indeferimento dos benefícios da assistência judiciária quando os termos da declaração de pobreza não estiverem consoantes com a situação fática demonstrada nos autos (f. 241/244 - autos da execução).

Ainda, o MM. Juiz de Direito na sentença condenou os apelados ao pagamento da verba de sucumbência na ação principal e na reconvenção, inclusive com a ressalva de que continuava indeferindo a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Os apelados efetuaram o preparo no ato da interposição do recurso de apelação, conforme se pode ver à f. 186.

Logo, as provas constantes dos autos demonstram que o apelante dispõe de título executivo hábil à propositura da execução de sentença, porquanto os apelados não estavam sob o pálio da justiça gratuita durante a tramitação do processo de conhecimento (CPC, art. 586).

Por outro lado, o apelante ainda se insurge contra a impenhorabilidade do imóvel dado em garantia pelos apelados sob o fundamento de que a Lei nº 8.009/90 é inaplicável ao caso, porque objetiva proteger o imóvel residencial, e não propriedade rural, bem como não se encontram satisfeitos os requisitos constantes no inciso XXVI do art. 5º da Constituição Federal.

Todavia, é pertinente ressaltar que a proteção constitucional de que goza a pequena propriedade rural não exclui a aplicação da legislação processual e especial, ou seja, além do art. 5º, inciso XXVI, da CR/88, devem ser observados o art. 649, X, do Código de Processo Civil e o art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.009/90.

Isso porque, partindo de premissas diferentes, os dispositivos legais têm por objetivo

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 101

comum resguardar a propriedade rural que tem caráter de residência da entidade familiar e de meio de subsistência.

Confira-se o que dispõem as legislações citadas:

- Constituição Federal:

> Art. 5º (...)
> XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

- Lei nº 8.009/90:

> Art. 4º (...)
> § 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

- Código de Processo Civil:

> Art. 649 - São absolutamente impenhoráveis:
> (...)
> X - o imóvel rural, de até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário.

A interpretação sistemática desses dispositivos legais leva à conclusão de que o imóvel rural de até um módulo, sendo o único de que dispõe o devedor e servindo-lhe de residência, é impenhorável, independentemente da natureza da dívida.

No caso, a penhora na ação de execução de sentença recaiu sobre 19.63.00 hectares de terras de cultura restantes da matrícula R-4-17.691, tiradas na gleba maior de 49.63.00 hectares de terras de cultura, situada na Fazenda Guariba, Município de Serra do Salitre/MG (f. 276 - autos da execução).

Diante da relevância do tema, faz-se necessária a apuração da extensão dos módulos rurais situados na região do Município de Serra do Salitre/MG conforme critérios legais, para que se possa determinar a impenhorabilidade ou não do imóvel dos apelados.

Verifica-se, a partir de informações obtidas junto a órgãos oficiais como o IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Incra - Instituto Nacional da Reforma Agrária e Faemg - Federação da Agricultura e Pecuária do Estado de Minas Gerais, que o conceito de módulo rural é derivado do conceito de propriedade familiar e consiste em uma unidade de medida expressa em hectares que objetiva exprimir a interdependência entre a dimensão, a situação geográfica dos imóveis rurais e a forma e condições do seu aproveitamento econômico (v.www.ibge.gov.br, www.incra.gov.br e www.faemg.org.br).

Por outro lado, o módulo fiscal serve de parâmetro para classificação do imóvel rural quanto ao tamanho, na forma da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e a pequena propriedade rural está definida nesse diploma legal como o imóvel rural de área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais.

O Município de Serra do Salitre classifica-se como Zona Típica de Módulo A3, em que o módulo fiscal corresponde a 40 hectares (www.faemg.or.br/arquivos/incramf.doc).

Assim, a gleba de terras é impenhorável, porque, segundo as provas dos autos, é o único imóvel de propriedade dos apelados e a área não chega sequer a medir a metade de um módulo fiscal.

É pertinente salientar que o fato de a gleba de terras estar arrendada para o pai do apelado não desconstitui a sua impenhorabilidade, pois essa renda proveniente do arrendamento lhe garante a moradia em outro imóvel, em observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

> Processual civil. Locação. Agravo regimental no agravo de instrumento. Ação de despejo. Bem de família. Impenhorabilidade.
> O entendimento predominante nesta Corte é

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 102

> no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 1º da Lei nº 8.009/90, se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se encontre locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou mesmo para garantir a sua subsistência. Precedentes.
> Agravo regimental desprovido (STJ - AgRg no Ag 679.695/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 11.10.2005, *DJ* de 28.11.2005, p. 328).

Por último, quanto à litigância de má-fé, ponderam Theotônio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa:

> Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5°, LV) e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa (*RSTJ* 135/187,146/136) (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 133).

O colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> Na litigância temerária, a má-fé não se presume, mas exige prova satisfatória, não só de sua existência, mas da caracterização do dano processual a que a condenação consignada na lei visa a compensar (REsp nº 76.234-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *DJU* de 30.06.97, p. 30.890).

No caso, entendo que não estão configuradas as hipóteses elencadas no art. 17 do Código de Processo Civil, pois somente se configuram mediante a prova satisfatória da conduta temerária da parte.

Diante do exposto, com fundamento no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal e do art. 131 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso de apelação, para reformar a sentença, em parte, e reconhecer que o apelante dispõe de título judicial. Fica mantida a sentença quanto ao mais.

Condeno as partes ao pagamento das custas processuais e recursais meio a meio e honorários advocatícios em reciprocidade, que arbitro em R$ 700,00 (setecentos reais), com fundamento no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil (Súmula 306 do STJ). Em relação aos apelados, fica suspensa a exigibilidade mediante a condição prevista no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

O *Sr. Des. Nilo Lacerda* - Também, Sr. Relator, do exame que fiz dos autos, cheguei às mesmas conclusões e estou acompanhando inteiramente o voto proferido por Vossa Excelência.

O *Sr. Des. Alvimar de Ávila* - Sr. Presidente. Não posso simplesmente apor o meu de acordo ao voto do ilustre Relator.

Como todos os trabalhos de Sua Excelência, existem alguns que extrapolam do julgamento comum que temos visto e presenciado.

Esse é um dos fatos que merecem o estudo acurado pelo trabalho exaustivo, profundo e inteligente que o ilustre Des. José Flávio empreendeu para elaboração desse voto.

Não só acompanho, como requeiro de Vossa Excelência a publicação do mesmo, na sua íntegra, porque tenho absoluta convicção de que a maioria dos Colegas e até mesmo dos advogados desconhecem esses fatos e esses dados que o ilustre Relator foi buscar junto aos institutos referidos em seu voto, no IBGE no Incra, na Federação da Agricultura e Pecuária do Estado de Minas Gerais para se chegar a uma conclusão da impenhorabilidade do módulo rural. Eu desconhecia este assunto com esta profundidade que o voto tratou.

De maneira que eu acompanho integralmente o voto do ilustre Des. Relator, José Flávio de Almeida, que tanto ilustra esta Casa e o Poder Judiciário de nosso Estado.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL E FIZERAM RECOMENDAÇÕES.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 103

EMBARGOS DE TERCEIRO - BEM DE FAMÍLIA - IMÓVEL DE USO MISTO - CÔMODO NÃO RESIDENCIAL - PENHORABILIDADE - MEAÇÃO RESPEITADA

Ementa: Embargos de terceiros. Bem de família. Cômodo comercial. Penhorabilidade. Meação respeitada.

- Tratando-se de imóvel de uso misto, a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90 não invalida a penhora que recai sobre 50% da unidade não residencial, ainda que não tenha sido formalizado o condomínio.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0035.03.029929-7/001 - Comarca de Araguari - Apelantes: Célia Donizete de Meira e outros - Apelado: Aguiar Alves Rabelo - Relator: Des. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2007. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

Notas taquigráficas

O *Sr. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Trata-se de apelação contra a sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro aviados pelos apelantes, Célia Donizete de Meira e outros, contra o apelado, Aguiar Alves Rabelo, entendendo que a parte comercial do imóvel onde residem os apelantes não constitui bem de família e pode ser penhorada.

Inconformados, os embargantes sustentam que o fato de existir divisão interna do imóvel, sendo parte residencial, parte comercial, não descaracteriza o bem de família, já que, como um todo, compõe o único bem capaz de prover as necessidades da família e, ainda, que o imóvel é indivisível, por não possuir área suficiente que atenda às exigências da legislação aplicável.

Recurso próprio, tempestivo e isento de preparo.

Dele conheço.

O inconformismo dos apelantes não merece prosperar em quaisquer dos aspectos por eles levantados.

Como se pode ver da penhora ocorrida nos autos da execução (f. 19 do apenso 1), a constrição recaiu sobre 50% de um cômodo comercial, respeitada a meação da primeira apelante.

Os apelantes, entretando, pretendem ver desconstituída a penhora também da parte destinada ao comércio, ao argumento de que a utilização é comum, sendo impossível a sua divisão.

Conforme se extrai do auto de penhora e também da própria inicial dos embargos, o imóvel tem parte destinada à residência da família e parte destinada ao comércio, portanto permite a separação em unidades autônomas, sem prejuízo à moradia da família.

Quanto ao argumento dos apelantes de que o imóvel é indivisível, por não existir possibilidade de divisão até por não possuir área suficiente a atender às exigências da legislação vigente e aplicável à espécie, também não merece acolhida.

Conforme certidão de f. 12, o lote onde está edificada a casa residencial e o cômodo co-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 104

mercial possui 10,00 metros nas linhas de frente e de fundo, por 24,00 metros nas linhas laterais, sendo que se trata de imóvel de esquina.

Pelo auto de penhora, o cômodo comercial penhorado possui 90 m², com frente para a Rua 31.

A prova testemunhal também foi uníssona em dizer que o cômodo de comércio é independente da casa.

Assim, perfeitamente possível o desmembramento do cômodo comercial sem atingir a unidade residencial, mediante posterior elaboração de convenção de condomínio sem ofensa à lei municipal e à legislação federal de parcelamento do solo urbano.

Nesse sentido, é a jurisprudência, *verbis*:

> Processual civil e civil. Inexistência de coisa julgada. Responsabilidade de sócio. Ausência de prequestionamento. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Imóvel residencial e prédio comercial distintos edificados sobre terreno transcrito em uma única matrícula. Penhora. Lei nº 8.009/90. (...) - 4. A Lei 8.009/90 tem por finalidade garantir a moradia da família. Cuidando-se de imóvel desdobrado em dois pavimentos, mesmo que se encontrem em linha horizontal, um utilizado para moradia familiar, outro para utilização de comércio, nada impede que sobre o último recaia a penhora e que seja feito, posteriormente, o devido desdobramento. - 5. Recurso não provido (REsp 356966/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgamento em 05.02.2002, pub. no *DJ* de 8.03.2002, p. 184).
>
> A impenhorabilidade de que cuida a Lei 8.009/90 se refere a imóvel sobre o qual se assentam a construção, destinada à residência da família, plantação, benfeitorias e móveis que guarnecem a casa, mas não abrange outras áreas, quando possível o desmembramento, sem prejuízo da parte residencial (Apelação Cível nº 5076/95, TACivRJ, Rel. Juiz Fabrício Paulo Bandeira Filho, j. em 06.09.95, *JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CD-ROM nº 11, sem destaque no original).

Resumindo, é possível que a penhora recaia sobre parte do imóvel destinado ao comércio, se a sua transformação em unidade autônoma não prejudica a parte residencial do imóvel.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos apelantes, mas suspensa sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Unias Silva e D. Viçoso Rodrigues.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - ATO ILÍCITO - PROVA - INEXISTÊNCIA - AUTARQUIA MUNICIPAL - SÚMULA 227 DO STJ - INAPLICABILIDADE - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Civil. Indenização. Conflito entre autarquia municipal e a Cemig. Instalação de fonte de energia elétrica em nova estação de tratamento de água e esgoto. Demora na execução do serviço. Dano moral. Não-caracterização.

- Conquanto a Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça reconheça que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, não é cabível que uma autarquia municipal, que gere com exclusividade o serviço de água e esgoto, reclame indenização da Cemig S.A. por atraso na execução de serviço de fornecimento de energia elétrica.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 105

- Hipótese na qual a pessoa jurídica de direito público não concorre com outra entidade similar na prestação do serviço, e, por conseguinte, não se pode presumir que terá sua imagem afetada pelo suposto infortúnio derivado de relação contratual.

APELAÇÃO CÍVEL n° 1.0637.05.032786-4/001 - Comarca de São Lourenço - Apelante: Cemig Distribuição S.A. - Apelado: Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município de São Lourenço - SAAE - Relator: Des. ALBERTO VILAS BOAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2007. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, a Dr.ª Luciana de Castro Machado.

O *Sr. Des. Alberto Vilas Boas* - Conheço do recurso.

O apelado ajuizou ação indenizatória contra a apelante objetivando o ressarcimento de danos materiais e morais derivados da demora na instalação de fonte de energia elétrica que propiciaria o funcionamento de estação elevatória subterrânea para bombeamento de esgoto no Município de São Lourenço.

Sob a ótica do autor, os danos materiais decorreram de infiltração gerada pela falta de energia elétrica necessária para o funcionamento da bomba automática de esgoto existente em estação elevatória compacta subterrânea e que foi adquirida mediante processo licitatório. Os danos morais, por conseguinte, seriam oriundos das cobranças públicas feitas em face da Comissão responsável pela realização da aludida obra e que atingiram a credibilidade da autarquia municipal.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, porquanto a autoridade judiciária somente considerou caracterizado o dano moral, pois o retardo na execução do serviço a cargo da apelante gerou desconfortos e constrangimentos graves à imagem da pessoa jurídica, circunstância que justificou a indenização em 50 salários mínimos.

A discussão concentra-se, inicialmente, sobre a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público reclamar dano moral em face de conduta de outrem que exponha sua credibilidade e imagem perante a coletividade.

Conquanto a Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça esclareça que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral" e não estabeleça distinção entre a pessoa jurídica de direito público e a de direito privado, é preciso considerar a natureza da entidade política e a forma como o serviço público é prestado para que possa ser possível formar juízo de valor sobre o direito de ser indenizada por dano moral.

Com efeito, a doutrina enfatiza que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral quando, em razão de uma conduta ilícita praticada por terceiro, expuser seu bom nome e credibilidade perante o público, circunstância que poderá afetar suas atividades e práticas, geralmente comerciais e similares.

No entanto, uma autarquia criada para gerenciar o serviço de água e esgoto de uma determinada comunidade o faz de forma exclusiva, e, independentemente da qualidade do serviço prestado, não há outra opção para o consumidor que a submissão àquilo que lhe é destinado.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 106

A restrição momentânea de sua capacidade de ampliá-lo, de modo a que a coletividade seja melhor atendida, pode ensejar aborrecimentos naturais de quem consome o serviço, mas não a ponto de permitir que a autarquia se coloque em posição similar à pessoa jurídica de direito privado, que, por viver em prol do mercado e de seus consumidores em regime de intensa competição, poderá ter seu prestígio seriamente abalado em fato de ato ilícito praticado por terceiro.

Na espécie em exame, o autor é autarquia municipal que gera, com exclusividade, o serviço de água e esgoto em São Lourenço; a demora na execução de obra destinada a melhorar a qualidade do serviço, imputável à Cemig em razão da demora no aparelhamento elétrico do empreendimento público, não é circunstância que afeta a imagem do apelado, mesmo porque é o único que fornece o aludido serviço.

Houvesse, no caso em julgamento, possibilidade de o consumidor optar pelo serviço prestado pela autarquia ou por outro colocado à sua disposição no mesmo Município por pessoa jurídica distinta, seria possível reconhecer a possibilidade de incidência da Súmula nº 227 do STJ.

No entanto, tal não ocorre, e, dessa forma, não se vislumbra a possibilidade de a obrigação de indenizar ser atribuída à apelante.

Outrossim, é conveniente salientar que a prova dos autos não atesta a existência de prática de ato ilícito atribuível à Cemig S.A., nem mesmo que tenha ocorrido repercussão negativa da imagem do autor junto à comunidade.

Nesse sentido confira-se parte do depoimento da testemunha Hemerson Jader Cunha (f. 108):

> ... que o depoente afirma que a comissão de fiscalização do fundo cobrou a empresa autora por diversas vezes com relação ao término da obra; que somente a comissão fez cobranças à empresa autora, sem que mais nenhuma outra pessoa da comunidade tenha reclamado...

Demais disso, o Juiz *a quo* somente ponderou os aspectos subjetivos do suposto dano moral, porquanto levou em consideração dados vinculados a quem dirige a empresa, e não os aspectos relativos à imagem da pessoa jurídica, consoante se observa de f. 137/138.

Fundado nessas considerações, dou provimento ao apelo para julgar improcedente o pedido pelo autor no que concerne aos danos morais, invertidos os ônus da sucumbência.

O *Sr. Des. Eduardo Andrade* - Acompanho o eminente Des. Relator, pois entendo que não se trata de caso de dano moral questão como a ora aventada, daí por que também dou provimento ao recurso.

O *Sr. Des. Geraldo Augusto* - Sr. Presidente.

Também estou inteiramente de acordo com o voto do Des. Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO POPULAR - AGENTES POLÍTICOS - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - CITAÇÃO - INDISPENSABILIDADE - PROCESSO - EXTINÇÃO - JULGAMENTO DO MÉRITO - AUSÊNCIA - SUCUMBÊNCIA - ISENÇÃO

Ementa: Ação popular. Litisconsórcio necessário. Agentes políticos. Citação. Indispensabilidade. Processo. Extinção. Julgamento do mérito. Ausência. Ônus sucumbenciais. Inadmissibilidade.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 107

- Tendo os contratos impugnados sido assinados por diferentes agentes políticos, deve o autor, quando intimado para tanto, providenciar a citação de todos eles, sob pena de extinção da ação popular sem julgamento do mérito.

- O autor da ação popular está isento do pagamento dos ônus de sucumbência, salvo comprovada má-fé.

APELAÇÃO CÍVEL n° 1.0699.05.046070-7/001 - Comarca de Ubá - Apelante: Irani Vieira Barbosa - Apelados: Município de Guidoval e outro, Cia. Força e Luz Cataguases Leopoldina e outros - 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 REFORMAR EM PARTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2007. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

Notas taquigráficas

O *Sr. Des. Antônio Sérvulo* - Trata-se de recurso de apelação interposto por Irani Vieira Barbosa, nos autos da ação popular por ele promovida em desfavor do Município de Guidoval e de seu prefeito, Élio Lopes dos Santos, e da Companhia Força e Luz Cataguases Leopoldina, bem como de seu diretor presidente e de seu diretor, respectivamente, Manoel Otoni Neiva e Maurício Perez Botelho, em que o Magistrado singular, à f. 1.099, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 47, parágrafo único, c/c o 267, IV, ambos do CPC, por não ter o autor promovido a citação dos litisconsortes necessários, tendo-o condenado nas custas e em honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.500,00.

Através das razões recursais de f. 1.107/1.117, sustenta o autor, em apertada síntese, que promoveu a citação das pessoas que entendia responsáveis pelo dano ao patrimônio público em questão, sendo que, se o processo se refere a cobrança a maior de iluminação pública do Município, pode muito bem prosseguir apenas contra a Cia. Força e Luz Cataguases Leopoldina, não havendo necessidade da citação de seus atuais diretores, como entendeu o Órgão Ministerial. Acrescenta que se assim entendeu o Ministério Público, a ele é que competia providenciar tal citação, conforme o art. 6º, § 4º, da Lei 4.717/65.

Conheço da apelação, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Em que pese não ter havido o recurso *ex officio*, dele conheço nesta oportunidade, haja vista o disposto no art. 19 da Lei 4.717/65, pois que a matéria em questão também diz respeito à carência de ação.

O autor promoveu a presente ação popular sob o fundamento de que o Município de Guidoval, nos últimos 20 anos, vem firmando contrato de fornecimento de energia elétrica para iluminação pública, pelo que vem cobrando o equivalente a 12 horas diárias de consumo por cada lâmpada, sendo que, de acordo com perícias realizadas em outros municípios, as lâmpadas só ficam acesas por um período de 11h08, motivo pelo qual a Cia. Força e Luz Cataguases Leopoldina tem cobrado, por ponto de energia, 52 minutos a mais do erário.

Postulou a anulação da cláusula contratual que prevê a cobrança das 12 horas diárias e a condenação da Cia. Força e Luz Cataguases Leopoldina a devolver todos os valores cobrados indevidamente, acrescidos de juros de mora e correção monetária.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 108

Foram citados, a pedido do autor, aqui apelante, o Município de Guidoval, seu prefeito, a Cia. Força e Luz Cataguases Leopoldina, seu diretor presidente e seu diretor, signatários do último contrato.

A representante do Ministério Público entendeu que

> em se tratando de litisconsórcio passivo necessário deveriam figurar no pólo passivo as autoridades e administradores que firmaram o contrato de prestação de serviços em questão e aquelas que as sucederam e mantiveram em vigor o referido contrato, o que deverá ser providenciado pelo requerente, tendo em vista que sequer foram citados os atuais diretores da Companhia Força e Luz, sob pena de indeferimento da inicial (f. 1.088).

A leitura desta parte do parecer ministerial deixa claro que a pretensão da Promotora era a de que fossem citados não só os atuais diretores da Cia. Força e Luz Cataguases Leopoldina, mas também todas as autoridades e administradores que firmaram o contrato em questão, que sucederam aquele ou aqueles que o firmaram inicialmente, bem como aqueles que o mantiveram em vigor, ou seja, todos os prefeitos ou autoridades administrativas responsáveis por tais atos, além dos seus beneficiários.

O Juiz singular determinou que o autor procedesse conforme o parecer do Ministério Público, intimando-o para que, em 30 dias, providenciasse a citação dos litisconsortes necessários (f. 1.099/verso).

Quedando-se inerte o autor, o feito voltou ao Ministério Público e, após, foi extinto sem julgamento do mérito, por descumprimento da ordem de citação dos litisconsortes necessários.

Pois bem. A legitimidade passiva, na ação popular, é múltipla, envolvendo todas as pessoas que tiveram participação no ato, seja a pessoa jurídica da qual ele promanou, seja o agente político e/ou os servidores que de qualquer modo tenham contribuído para a sua efetivação, sejam os terceiros que dele tenham diretamente se beneficiado.

Realmente, consoante o art. 6º, *caput*, da Lei 4.717/65, *in verbis*:

> A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no artigo 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiveram dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

A leitura do artigo, a meu sentir, não deixa dúvida de que as autoridades, funcionários ou administradores a que se refere são aqueles pertencentes aos quadros das pessoas públicas ou privadas e das entidades referidas no art. 1º. Em outras palavras, daquelas que foram lesadas, e não das pessoas jurídicas que foram beneficiadas.

A legitimidade passiva das pessoas que participaram da operação lesiva como beneficiárias está descrita na parte final do artigo e limita-se àqueles que foram diretamente beneficiados, não comportando, pois, em princípio, frise-se, a figura do simples administrador da empresa beneficiária.

A propósito, confira-se a lição de Hely Lopes Meirelles, para quem:

> Deverão ser citadas para a ação, obrigatoriamente, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado e mais as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos, tiverem dado oportunidade à lesão, como, também, os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato (*Mandado de segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140/141).

Mais adiante, completa:

> Em qualquer caso, a ação deverá ser dirigida contra a entidade lesada, os autores e partici-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 109

> pantes do ato e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio público. É o que se infere do disposto no art. 6º, § 2º (*op. cit.*, p. 141).

E a lição de José Afonso da Silva, colacionada no RE nº 116.750, não discrepa, se não veja-se:

> Qualquer autoridade, portanto – diz ele – que houver participado do ato impugnado – autorizando-o, aprovando-o, ratificando-o ou praticando-o – deverá ser citada para a demanda popular, que vise anulá-lo. Assim, desde as autoridades mais elevadas até as de menor gabarito estão sujeitas a figurarem como rés no processo da ação popular. Nem mesmo o Presidente da República, ou o do Supremo Tribunal Federal, ou do Congresso Nacional está imune de ser réu, nesse processo (Ação popular constitucional, 1968, p. 197) (STF, 2ª Turma, RE nº 116.750, p. em 25.11.1988).

Da leitura dos fundamentos expendidos na inicial, a única suposta beneficiada pelos atos que o autor diz terem sido lesivos ao patrimônio do Município de Guidoval foi a Companhia Força e Luz Cataguases Leopoldina, não tendo os seus diretores, segundo a narrativa do autor, tido qualquer benefício, nem indireto, quanto mais direto com a assinatura dos contratos.

Assim sendo, não há por que integrarem o pólo passivo da ação.

Todavia, da leitura de tais narrativas, verifica-se que vários agentes políticos participaram da assinatura dos contratos de fornecimento de energia, caso em que a citação de todos eles, no período assinalado pelo apelante na inicial, era medida que se impunha, tendo essa medida, inclusive, constando do parecer ministerial, conforme acima ressaltado.

A necessidade dessas citações foi convalidada pelo Julgador singular na decisão de f. 1.099/verso, a qual não foi cumprida pelo apelante.

O litisconsórcio, entretanto, é necessário, o que significa que a sentença não terá eficácia sem a citação de todos os litisconsortes, conforme dispõe o art. 47, *caput*, do CPC.

Por isso é que o parágrafo único do art. 47 dispõe que "o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo assinalado, sob pena de declarar extinto o processo", até porque, como se sabe, a falta de citação de quaisquer das partes implica ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV, do CPC).

A bem da verdade, antes disso, a ausência de tais pessoas no pólo passivo da presente demanda, vício que poderia ter sido sanado com a citação deles, resulta também em carência da ação popular por parte do autor, ante a inexistência da legitimidade passiva *ad causam.*

Observe-se, por oportuno, a seguinte anotação de Hely Lopes Meirelles:

> 2. A hipótese é de litisconsórcio passivo necessário, e a falta de citação de qualquer dos funcionários ou autoridades partícipes do ato ou contrato impugnado é causa de nulidade do processo (TJSC, ApC n.º 01.001230-3, Rel. Des. César Abreu, RT 796/392) (*op. cit.*, p. 140).

Então, tendo sido intimado para tanto, incumbia mesmo ao autor providenciar a citação de todos os litisconsortes necessários, e, não o tendo feito, a extinção do processo sem o julgamento do mérito era corolário lógico de sua omissão.

O argumento de que incumbia ao Ministério Público providenciar as citações é irrelevante, pois que ele teve vista dos autos após a omissão do apelante e também se quedou inerte.

De qualquer forma, se o autor popular não abandonou a ação, como na espécie, não é obrigação do Ministério Público promover a citação dos litisconsortes, muito menos do juiz, que, diferentemente do alegado pelo apelante, não tem autorização da LAP para agir de ofício nesse caso.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 110

No tocante às custas e honorários de advogado, o autor da ação popular realmente está isento, tendo em vista os expressos comandos emanados da norma do art. 5º, inciso LXXIII, de nossa Carta Magna, *in verbis*:

> Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Dessarte e, ante a clareza do acima transcrito dispositivo constitucional, a condenação do autor nos ônus de sucumbência está adstrita à comprovação de sua má-fé, situação não demonstrada na espécie.

A propósito, coadunáveis arestos, *in verbis*:

> Ação popular - Indeferimento da inicial - Ausência de comprovação de renda do autor para fins de gratuidade judiciária - Desnecessidade - Art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal - Necessidade de comprovada má-fé para exigibilidade das custas e ônus processuais (TJMG, Processo nº 1.0231.03.007004-0/001, Rel. Des. Brandão Teixeira, *DJMG* de 20.04.2005).

> Ação popular - Inexistência de lesividade no ato impugnado - Carência de ação - Honorários advocatícios - Descabimento. - A ação constitucional tem por escopo a desconstituição dos atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural do país (Constituição Federal, art. 5º, inciso. LXXIII). Inexistente lesividade no ato impugnado, é de se decretar a carência da ação, à míngua do interesse de agir (Código de Processo Civil, art. 267, inciso VI). Salvo comprovada má-fé do autor, são indevidos honorários advocatícios em ação popular (TJMG, Processo nº 1.0000.00.156151-3/000, Rel. Des. Corrêa de Marins, *DJMG* de 10.02.2000).

Mediante tais considerações, no reexame necessário, reformo em parte a sentença, apenas para isentar o apelante dos ônus sucumbenciais, mantendo-a, em tudo mais, prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *José Domingues Ferreira Esteves e Edilson Fernandes.*

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM EM PARTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

LOTEAMENTO - REGISTRO SUPERIOR A 30 ANOS - CONSTRUÇÃO - PEDIDO DE LICENÇA - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - ÚNICO LOTE - INSTITUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ÁREAS CONTÍGUAS EDIFICADAS - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - CONTRARIEDADE - DIREITO DE PROPRIEDADE - PREVALÊNCIA

Ementa: Agravo de instrumento. Loteamento devidamente registrado há mais de 30 anos. Instituição de área de preservação ambiental em apenas um lote. Áreas contíguas edificadas. Impossibilidade. Contrariedade aos princípios da isonomia, segurança jurídica e boa-fé do proprietário.

- Se o loteamento foi devidamente aprovado e registrado há mais de trinta anos, não se pode pretender a instituição de área de preservação permanente em somente um dos lotes do empreendimento, sendo que a área contígua ao lote se encontra edificada e o próprio loteamento como um todo se apresenta urbanizado.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 111

- O indeferimento do pedido de licença para construção somente ao agravado contraria a isonomia, prevalecendo, no caso, o direito de propriedade, para assegurar a segurança jurídica em respaldo, ainda, à boa-fé da autora/proprietária do imóvel.

AGRAVO N° 1.0188.06.050134-6/001 - Comarca de Nova Lima - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravada: Juliana de Rezende Bartolomeo - 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, 8 de maio de 2007. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

O *Sr. Des. Eduardo Andrade* - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos da ação ordinária, deferiu a tutela antecipada pleiteada pela autora para autorizá-la a intervir no imóvel, a fim de dar início às obras de construção de sua casa, ressalvando a possibilidade de adoção de todas as medidas necessárias para tanto, respeitadas as normas legais (f. 18/19).

Inconformado, o agravante, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, sustenta, em síntese, que a área ocupada pelo imóvel da agravada se classifica como área de preservação permanente, tendo em vista a inclinação acentuada que apresenta, sendo, portanto, vedada sua exploração. Aduz que a legislação veda o parcelamento do solo como nos casos do imóvel da agravada, não havendo que se falar em direito adquirido, em virtude do descumprimento legal. Alega, ainda, que o direito de propriedade não pode mais ser entendido de maneira absoluta, quando a propriedade não cumpra sua função social, como no caso, em que a exploração do imóvel contribuirá para a degradação ambiental. Requer, assim, o provimento do recurso com a reforma da decisão.

À f. 67/TJ, foi indeferido o pedido de concessão de efeito suspensivo.

Regularmente intimada, a agravada apresentou contraminuta, pugnando, preliminarmente, pela ilegitimidade do Ministério Público e, no mérito, pela manutenção da decisão agravada (f. 70/79).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o i. representante do Ministério Público, Dr. Roberto Cerqueira Carvalhaes, opinou pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

De início, cumpre a análise da preliminar de ilegitimidade do Ministério Público.

Como bem destacou o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Roberto Cerqueira Carvalhaes:

> A questão não mais suscita debates em nossos tribunais, pois, como bem salientou a ilustre representante do Ministério Público, a legitimidade está respaldada pelo art. 129 da Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional. A matéria, em tese, envolve área de preservação permanente, o que, por si só, justifica a intervenção ministerial.

Os prejuízos que eventualmente possam advir ao meio ambiente autorizam efetivamente a atuação do Ministério Público.

Rejeito a preliminar.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 112

Infere-se dos autos que a agravada ajuizou ação ordinária pretendendo a concessão de tutela antecipada para que lhe fosse autorizado intervir no imóvel descrito na inicial, na forma como requerida junto ao IEF.

Extrai-se, ainda, do processado que o pedido da ação foi motivado no indeferimento da requisição feita junto à Secretaria do Meio Ambiente do Município de Nova Lima e do Instituto Estadual de Florestas, que negou a aprovação do projeto de construção apresentado pela agravada.

O indeferimento do projeto se baseou no fundamento de que a área em que se situa o lote é considerada área de preservação permanente, tendo em vista que o terreno possui inclinação superior a 45º (quarenta e cinco graus), sendo vedado o parcelamento do solo.

Conforme dispõe o art. 273 do CPC, para a concessão de tutela antecipada, necessária é a existência de prova inequívoca para o convencimento da verossimilhança da alegação e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou a manifesta intenção de protelar.

Vale dizer que o autor da ação deverá demonstrar as suas alegações fático-jurídicas ao magistrado, de maneira cabal, por intermédio de prova inequívoca efetivamente hábil à formação de um juízo de verossimilhança, às quais, necessariamente, haverá de somar-se, no caso concreto, o requisito específico, definido como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Conforme ensina o eminente processualista Des. Ernane Fidélis dos Santos, em sua obra *Novos perfis do processo civil brasileiro* (1996):

> Conclui-se, pois, que, para a tutela antecipatória, diz-se que convencimento de verossimilhança nada mais é do que um juízo de certeza, de efeitos processuais provisórios, sobre os fatos em que se fundamenta a pretensão, em razão de inexistência de qualquer motivo de crença em sentido contrário. Provas existentes, pois, que tornam o fato, pelo menos provisoriamente, indene de qualquer dúvida (p. 30-31).

Já em sua obra *Manual de direito processual civil* (5. ed., 1997, v. 1), tem-se o seguinte:

> Prova inequívoca não é prova pré-constituída, mas a que permite, por si só ou em conexão necessária com outras também já existentes, pelo menos em juízo provisório, definir o fato, isto é, tê-lo por verdadeiro. (...) (p. 333).

Forçoso admitir que prova inequívoca consiste na demonstração dos fatos articulados na peça vestibular, por intermédio de prova idônea suficientemente forte, capaz de convencer o juiz da causa acerca da verossimilhança das alegações, aliada ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Com efeito, na tutela antecipada, mais do que em qualquer outro caso, está consagrado o princípio do livre convencimento do juiz.

E, com os elementos trazidos aos presentes autos, verifica-se, de plano, a existência de prova inequívoca, capaz de convencer da verossimilhança das alegações, presente ainda o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Isso porque as provas constantes dos autos demonstram, em princípio, que faz jus a agravada à autorização para a construção em seu imóvel.

Ora, vê-se que o imóvel se encontra situado em loteamento devidamente aprovado e implantado pelo Município de Nova Lima, há mais de 30 anos, com inúmeras edificações, com área urbanizada e vias pavimentadas.

Verifica-se, ainda, que o lote da agravada se encontra em meio a diversas construções, inclusive, em área contígua à do imóvel (f. 105).

Desse modo, pela simples constatação da situação fática, já, de plano, se verificaria um tratamento desigual entre os proprietários de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 113

lotes, visto que, a alguns lhes foi autorizada a construção, ao passo que a outros, em tese, em mesma situação, foi-lhes vedada.

Ademais, seria um tanto quanto desproporcional a instituição de área de preservação ambiental em, apenas, um lote, de aproximadamente mil metros quadrados, sendo que a loteada e contígua à do imóvel residencial se encontra toda edificada.

Nesse diapasão, verificar-se-ia que, do loteamento já implantado há mais de 30 anos, somente uma área de mil metros seria considerada de preservação permanente.

Assim, por isonomia, não se pode vedar à agravada o direito de fruição de sua propriedade, sendo que as alegações de ilegalidade do próprio loteamento como um todo, bem como do projeto de ampliação, não podem ser objeto de análise na ação principal, muito menos nos limites certos e estreitos deste recurso.

Por fim, como asseverou o douto Procurador de Justiça:

> Ademais, *in casu*, até mesmo o grau de declividade do lote é controvertido, sendo certo que, pela atual situação da área, já urbanizada, o início da construção, conforme autorizado pela decisão agravada, não acarretará os efeitos alegados pelo IEF (f. 142).

Neste momento, não há qualquer restrição quanto ao loteamento ou ao registro do imóvel, sendo-lhe autorizada a utilização do lote, em respaldo ao seu direito de propriedade.

O registro do loteamento, bem como do lote, e o descaso do Poder Público, que, somente agora, mais de 30 anos após a implantação do loteamento, pretende impugnar a utilização de área tida como de preservação permanente, ao lado de áreas, em tese, de mesma característica, porém já edificadas, revelam, em princípio, a prevalência, no caso concreto, do direito de propriedade, em respaldo à segurança jurídica e boa-fé da autora proprietária do lote, sendo, portanto, de se confirmar a decisão concessiva da tutela antecipada.

Com tais razões, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Geraldo Augusto e Vanessa Verdolim Hudson Andrade.*

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PROPRIEDADE INDUSTRIAL - CONTRATO - NORMAS DE PROTEÇÃO - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - LIMINAR - REQUISITOS - PRESENÇA - CONCESSÃO

Ementa: Agravo de instrumento. Propriedade industrial. Medida cautelar inominada. Liminar. Requisitos. Concessão.

- A concessão de liminar, em ação cautelar, exige a presença de dois requisitos: *fumus boni iuris e periculum in mora.* Versando o processo sobre uso de marca, tem-se que o *periculum in mor*a está caracterizado no fato de que os contratos firmados fixam tempo determinado para explorar a confecção e comercialização de produtos utilizando as marcas, sendo que a empresa que contratou as autorizações, com exclusividade, vem sofrendo prejuízos com a concorrência de outras que não possuem os mesmos ônus na exploração dos produtos por estarem em situação ilegal. Por outro lado, o *fumus boni juris* encontra base nos contratos firmados dispondo sobre o uso das marcas e a fabricação e venda dos produtos que as utilizam.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 114

AGRAVO n° 1.0481.06.054001-2/001 - Comarca de Patrocínio - Agravante: Ducks Indústria e Comércio Ltda. - Agravadas: Arte Final Uniformes e outras, GGM Esportes Ltda. e outras, Savassi Calçados e outras - Relator: Des. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2007. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento pela agravante a Dr.ª Letícia Mara Ferreira.

O Sr. Des. José Affonso da Costa Côrtes - Conheço do recurso, pois que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento contra a decisão colacionada às f. 41/42 destes autos, que indeferiu a liminar pleiteada na medida cautelar ajuizada pela agravante, entendendo que os contratos por esta firmados são ofensivos às normas do Código do Consumidor.

A contraminuta foi apresentada às f. 66/95, acompanhada dos documentos de f. 96/146, rebatendo, de forma extensa, as alegações apresentadas pela recorrente.

À f. 148 encontra-se a renovação do pedido de reconsideração da decisão de f. 48. A reconsideração foi admitida à f. 63, negando efeito suspensivo ao recurso.

A Juíza de primeiro grau prestou informações à f. 152, no sentido de que foi cumprido o disposto no art. 526 do CPC, de que a decisão foi mantida e de que foi instaurado procedimento administrativo pelo Ministério Público visando investigar o comportamento da autora e das escolas com quem firmou contrato, tendo em vista o CDC.

O Ministério Público se manifestou às f. 156/161 no sentido de que inexiste "interesse ministerial para a intervenção no feito".

Inconformada com a decisão que negou o pedido liminar na medida cautelar inominada, recorre a autora afirmando que busca a suspensão da venda e fabricação de uniformes escolares pelas empresas agravadas, pois firmou contratos de exclusividade com as empresas que detêm o direito pleno das marcas.

Afirma que o caso em questão não trata de relação de consumo, mas de direito contratual.

Aduz que, através de contratos que preenchem todos os requisitos do art. 104 do CC, a recorrente obteve o direito de cessão das marcas das empresas para fabricar e comercializar uniformes para os alunos destas, assumindo compromisso de qualidade e quantidade que as demais empresas não possuem.

Sustenta que o *periculum in mora* está consubstanciado no prejuízo patrimonial que a manutenção da decisão irá lhe causar e que o *fumus boni juris* está muito bem caracterizado nos contratos firmados, preenchendo, assim, os requisitos ensejadores da liminar pretendida.

Requerendo a reforma da decisão agravada, pede a suspensão da fabricação e venda dos uniformes em questão e o arbitramento de multa diária para o caso de descumprimento.

Analisando o conteúdo dos autos, pode-se constatar que o cerne da questão se localiza no fato de que as agravadas estão fabricando e comercializando uniformes de escolas que firmaram contratos com a agravante, tendo como objeto a exclusividade na confecção e comercialização de seus uniformes.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 115

Verifica-se, portanto, que as partes envolvidas na lide são empresas que litigam pelo direito de fabricar e vender uniformes escolares. Sendo assim, não há que se falar em aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso, em que se discutem questões de direito privado atinentes a contratos e às normas de proteção à propriedade industrial.

Por esse motivo, nem mesmo o procedimento administrativo que analisa a conduta da autora e das escolas com quem firmou contrato interfere na solução da lide.

A propriedade industrial encontra garantia na Constituição Federal de 1988, *verbis*:

> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Estabelece a Lei 9.279/96, que trata da propriedade industrial, que:

> Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de:
> I - ceder seu registro ou pedido de registro;
> II - licenciar seu uso;
> III - zelar pela sua integridade material ou reputação.
> (...)
> Art. 139. O titular de registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso da marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços.
> Parágrafo único. O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da marca, sem prejuízo dos seus próprios direitos.
> (...)
> Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:
> I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão;
> (...)
> Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:
> I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte.

Observa-se através dos dispositivos citados que somente pode fazer uso da marca aquele a quem o titular cedeu ou licenciou o direito através de contrato, sob pena da prática de crime contra o registro de marca.

Na fabricação e venda dos uniformes há, indiscutivelmente, a utilização da marca das escolas, o que é licitamente possível somente com a autorização destas.

Nos documentos de f. 19/33, restou devidamente comprovado o direito da agravante de fazer uso das marcas das escolas que com ela firmaram contratos, estabelecendo limites e especificações para esse uso, fixando um preço, o que não pode causar qualquer prejuízo à validade do que foi pactuado, pois envolvem relações de natureza privada e comercial.

Sendo assim, encontrando-se amparada pelos contratos firmados, a agravante se viu prejudicada quando passou a concorrer de forma desigual com empresas que, sem qualquer amparo legal, passaram a confeccionar e comercializar o mesmo produto de que detêm direito exclusivo. E vale ressaltar que essas empresas, por não terem firmado contrato com os titulares das marcas, estão livres dos limites e ônus impostos por estes à empresa agravante.

Dessa forma, em que pese a preocupação da Juíza de primeira instância em evitar prejuízo ao consumidor enquanto ente coletivo, entendo que tal discussão não encontra lugar neste processo e, portanto, não há que se falar

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 116

em conflito de normas com a prevalência da norma de ordem pública. E, em apoio a esse entendimento, encontram-se, nos autos, as manifestações do Ministério Público (39/40 e 156/161), sempre no sentido de inexistir interesse ministerial para a sua intervenção no feito.

Assim, afastadas as razões de indeferimento da liminar, examina-se, sob novo enfoque, a presença dos requisitos ensejadores de sua concessão.

Examinando-se o processo, tem-se que o *periculum in mora* está caracterizado no fato de que a agravante firmou contrato por tempo determinado com as escolas para explorar a comercialização de seus uniformes e vem sofrendo prejuízos com a concorrência das agravadas, que não possuem os mesmos ônus na exploração dos produtos por estarem em situação ilegal.

Por outro lado, o *fumus boni juris* encontra base nos contratos firmados pela recorrente dispondo sobre o uso da marca, a fabricação e venda dos produtos.

Segundo a jurisprudência:

> Ementa: Agravo de instrumento - Ação cautelar - Liminar - Requisitos - Presença - Deferimento - Recurso provido.
>
> 1. A liminar, em ação cautelar, exige a presença embora provisoriamente de dois requisitos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.
> 2. Presente a prévia comprovação dos dois requisitos, revela-se incorreta a decisão indeferindo a liminar pleiteada.
> 3. Agravo de instrumento conhecido e provido (Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 352.660-5, Relator Juiz Caetano Levi Lopes, p. em 15.12.2001).

Por todo o exposto, revelam-se presentes os requisitos autorizadores da concessão da liminar pretendida, razão pela qual dou provimento ao recurso para reformar a decisão atacada deferindo o pedido liminar para que as agravadas se abstenham de confeccionar e comercializar os uniformes que são objetos de contratos que concederam a exclusividade de tais atos à agravante, sob pena de multa diária no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), para cada uma. Deverá ser expedido o competente mandado de intimação na instância *a qua.*

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Mota e Silva - De acordo.

O Sr. Des. Wagner Wilson - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

DESPEJO - CITAÇÃO REGULAR - REVELIA - EFEITOS - APLICABILIDADE - IMÓVEL - DIREITO DE RETENÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MOMENTO - CONTESTAÇÃO - SENTENÇA - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA

Ementa: Apelação cível. Processual civil. Ação de despejo. Revelia. Pedido de retenção do imóvel. Impossibilidade. Omissão não caracterizada.

- A ausência de resposta autoriza a aplicação de todos os efeitos da revelia, inclusive a presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor e o julgamento antecipado da lide, como corolário do princípio da eventualidade (inteligência dos arts. 319 e 330, inciso II, ambos do CPC).

- Tratando-se de ação de despejo, o direito de retenção somente pode ser alegado na contestação, para que possa ser reconhecido na sentença, se devidamente comprovado nos autos,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 117

sendo impossível o exercício de tal pretensão em sede de execução de sentença proferida em ação de despejo, que tem caráter executório.

- Nos termos do art. 460 do CPC, o julgador deve manter-se adstrito aos limites da controvérsia, não podendo pronunciar-se sobre questões não deduzidas pelas partes no pedido e na peça de defesa, exceto com relação às matérias de ordem pública, uma vez que o comando sentencial oferece uma resposta às questões em debate.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0114.05.059290-5/001 - Comarca de Ibirité - Apelante: Packing Minas Ltda. - Apelada: Elizabeth Bernardi Campos - 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 A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, ACOLHER A DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 3 de maio de 2007. - *Hilda Teixeira da Costa* – Relatora.

Notas taquigráficas

A Srª Desª Hilda Teixeira da Costa - Trata-se de recurso de apelação interposto por Packing Minas Ltda., inconformada com a r. sentença de f. 35/36, que nos autos da ação de despejo, proposta por Elizabeth Bernardi Campos, julgou procedente o pedido inicial, declarando rescindido o contrato existente entre as partes e decretando o despejo, concedendo à inquilina o prazo de trinta dias para a desocupação espontânea do imóvel, sob pena de fazê-lo compulsoriamente, e condenando a requerida ao pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 800,00.

Opostos embargos declaratórios, foi mantida em sua integralidade a sentença, uma vez que, citada, a ré não contestou o pedido, razão pela qual não havia de ser decidida eventual indenização por benfeitorias.

Alega a apelante, pelas razões de f. 42/49, que ocupa o imóvel em questão há quase dez anos, sendo que o ex-sócio da empresa, Sr. Geraldo Fausto Lino de Campos, é marido da apelada, razão pela qual, na realidade, nunca houve de fato locação do terreno, que foi cedido à apelante a título de comodato.

Esclarece que, com a saída do Sr. Geraldo da empresa, este deixou diversas dívidas, ficando acordado entre os novos sócios que não haveria necessidade de pagamento do imóvel até que tais dívidas fossem quitadas, avença à qual a apelada anuiu, insistindo em que a palavra dada deve ser cumprida.

Ressalta que investiu no imóvel edificando acessões necessárias à consecução de suas atividades, conforme fotografias anexadas aos autos, que dão a exata dimensão do locupletamento pretendido pela apelada.

Alega que a sentença é omissa no que tange ao seu direito de retenção e indenização preconizadas tanto na Lei de Locação, quanto no Código Civil, acrescentando que os acréscimos ao imóvel são incontestes, uma vez que mencionados pela própria apelada nos autos.

Entende que lhe assiste o direito à retenção do imóvel, a fim de que seja reconhecido seu direito ao pagamento integral de indenização pelas acessões nele realizadas, tendo em vista a vedação legal de enriquecimento sem causa.

Invoca os princípios da boa-fé contratual e da lealdade, que devem nortear as partes contratantes; requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso interposto e a reforma da sentença, reconhecendo-se o direito da apelante à retenção pelas benfeitorias e junta aos autos os documentos de f. 50/95.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 118

Intimada, a apelada apresentou contrarazões de f. 101/107, no sentido de que o presente recurso é meramente protelatório, uma vez que a apelante não contestou a ação proposta, tornando-se revel.

Aduz que o contrato de locação firmado entre as partes é claro quanto à existência de várias construções, e na cláusula 5ª há expressa disposição a respeito da automática incorporação ao imóvel de toda e qualquer benfeitoria, ainda que útil ou necessária, autorizada pela locadora, sendo que referida cláusula deve ser interpretada de forma a abranger também as acessões.

Acrescenta que não há direito à indenização por construção realizada sem autorização do proprietário e que o contrato, expressamente, prevê a sua incorporação ao imóvel, acrescentando, mais, que a indenização por acessões não pode ser pedida em ação de despejo, nem possibilita a retenção do imóvel pela locatária, que deve pleiteá-la pela via processual própria, razão pela qual é juridicamente impossível o pedido da apelante.

Por outro lado, alega que não há prova nos autos com relação às referidas acessões e que é inverídica a alegação de que o contrato entre as partes era de comodato, uma vez que a locação se encontra provada pelo contrato e pelas notificações judiciais juntadas aos autos.

Informa que o contrato entre as partes é por tempo indeterminado, que não mais se interessa pela sua continuidade, requerendo, ao final, seja negado provimento ao recurso.

Conheço do recurso porque próprio, tempestivo, regularmente processado e preparado. (f. 96)

Preliminarmente.

Embora argüidas implicitamente, há questões postas pelas partes que devem ser analisadas em sede de preliminar, ainda que se confundam com o mérito.

1 - Quanto à alegada omissão da sentença recorrida no que tange ao direito de retenção, sem razão a requerida/apelante, uma vez que, regularmente citada, não contestou o pedido, conforme certificado à f. 33/verso.

Nos termos do art. 460 do CPC, o julgador deve manter-se adstrito aos limites da controvérsia, não podendo pronunciar-se sobre questões não deduzidas pelas partes no pedido e na peça de defesa, exceto com relação às matérias de ordem pública, uma vez que o comando sentencial oferece uma resposta às questões em debate.

Assim, não tendo sido a questão relativa às acessões referidas nas razões do recurso objeto de debate, não há que se falar em omissão da sentença, como bem decidiu o MM. Juiz *a quo* nos embargos declaratórios.

Nesse sentido, parte da ementa que se transcreve:

> Ementa: Apelação. Despejo c/c cobrança. Revelia. Irrelevância. Pagamento parcial do débito. Reconhecimento. Reembolso pelos danos verificados após a devolução do imóvel. Ausência de pedido na exordial. Sucumbência mínima. Inocorrência. Art. 1.531 do CC/1916. Inaplicabilidade. Má-fé. Ausência de comprovação. Multa moratória. Redução. Possibilidade. Indenização por benfeitorias realizadas no imóvel. Pedido próprio tecido na defesa. Revelia. Inviabilidade. Renúncia expressa do locatário a esse direito. [...] - Ocorrendo revelia, é inviável o exame do pedido do réu de indenização por benfeitorias, uma vez que o reconhecimento de tal direito só pode se dar mediante formulação de pedido próprio do suplicado, tecido em sua defesa. - Ainda que assim não fosse, havendo o locatário expressamente renunciado, em cláusula do contrato de aluguel, à indenização por benfeitorias, não há que se falar em reconhecimento de tal direito (Apel. Cível nº 1.0024.05.649727-4/001(1), Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, pub. em 24.05.2006).

Rejeito a argüição de omissão da sentença.

2 - Quanto à questão da impossibilidade jurídica do pedido de retenção do imóvel formulado pela apelante, razão assiste à apelada, uma vez que, em se tratando de ação de despejo, o direito de retenção somente pode ser alegado na contestação, para que possa ser

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 119

reconhecido na sentença, se devidamente comprovado nos autos, sendo impossível o exercício de tal pretensão em sede de execução de sentença proferida em ação de despejo, cuja sentença é de caráter executório, cumprindo-se com a expedição do mandado competente.

Nesse sentido a lição sempre oportuna de Humberto Theodoro Júnior, a qual se transcreve:

> Como não há embargos nessas execuções, o direito de retenção que acaso beneficie o devedor haverá de ser postulado na contestação, sob pena de decair de seu exercício. Nas ações de despejo e de reintegração de posse, embora haja sentença que condene à entrega da coisa certa (prestação de dar ou de restituir), a execução de seus decisórios não segue o procedimento comum dos arts. 621 e segs. É que essas ações, além de condenatórias, são 'preponderantemente executivas', no dizer de Pontes de Miranda, de maneira que já tendem à execução de suas sentenças independentemente do processo próprio da execução forçada. Assim, no despejo, o locatário, após a sentença de procedência, será simplesmente notificado a desocupar o prédio e, findo o prazo da notificação, será de logo expedido o mandado *de evacuando*, sem sequer haver oportunidade para embargos do executado. Da mesma forma, na reintegração de posse a execução da sentença faz-se por simples mandado e não comporta embargos do executado. Trata-se, como já ficou dito, de ações executivas *lato sensu*, de modo que 'sua execução é sua força, e não só efeito da sentença condenatória'. Como não há embargos nessas execuções, o direito de retenção que acaso beneficie o devedor haverá de ser postulado na contestação, sob pena de decair de seu exercício (*Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Leud, p. 220-221).

Assim, não tendo a apelante contestado a ação, seu pedido de retenção do imóvel pelas acessões realizadas é juridicamente impossível, pelo que acolho a argüição da apelada.

No mérito.

O contrato firmado pelas partes encontra-se às f. 8/10, não havendo prova do alegado comodato e muito menos da concordância da apelada pelo não-pagamento dos aluguéis, após a saída de seu marido da empresa apelante.

Ademais, não se pode deixar de aplicar ao apelante os efeitos da revelia, uma vez que, regularmente citado, não se defendeu, deixando de desincumbir-se do ônus que lhe competia a respeito de fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito pleiteado pela autora.

É pacífico o entendimento de nossos tribunais no sentido de que:

> Pelo princípio da eventualidade, todas as alegações e deduções devem ser apresentadas ao mesmo tempo em contestação, sob pena de preclusão, de modo que, transcorrido o prazo, não mais é lícito aduzi-las (*RT* 613/95).
>
> Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis. Carência da ação afastada. Citação regular. Revelia. Defesa na fase recursal. Preclusão.
> - Ocorrendo necessidade de se dirimir conflito locatício instalado entre as partes, evidenciado se mostra o legítimo interesse de agir, não havendo que se falar em carência da ação, visto que inexiste essa condição somente no caso de se prescindir totalmente da tutela jurídica ante a ausência de qualquer obstáculo criado ao direito do demandante e se for possível alcançar, por si mesmo, a finalidade da pretensão posta em juízo.
> - A certidão exarada por oficial de justiça, com a declaração de haver cumprido mandado judicial de citação do locador, encontra-se imbuída de fé pública, merecendo *ipso facto* prevalecer se inexiste prova em contrário com força a descaracterizá-la, o que é ônus da parte interessada.
> - Certo é que incumbe ao réu apresentar na peça contestatória todos os argumentos de fato e de direito com que impugna o pedido do autor, sob pena de, não oferecendo, oportunamente, resposta, ser julgado à revelia, sendo-lhe vedado debatê-los posteriormente, já que não se pode agitar após o saneador matéria que não tenha sido percutida na devi-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 120

da oportunidade processual, em virtude de se encontrar acobertada pela preclusão. Inteligência do artigo 245 c/c artigo 330 do CPC (Apel. Cível nº 2.0000.00.360964-3/000(1), Rel. Des. Vieira Brito, pub.no *MG* de 09.05.2002).

Em face do exposto, rejeito a preliminar argüida pelo apelante, acolho a argüida pela apelada quanto à impossibilidade jurídica do pedido de retenção do imóvel e nego provimento ao apelo.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Renato Martins Jacob* e *Valdez Leite Machado.*

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, ACOLHERAM A DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO PROVIMENTO.

-:::-

CONDOMÍNIO - PRÉDIO - ANIMAL - CRIAÇÃO - CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO - AUTORIZAÇÃO - PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO ALHEIO - NÃO-OCORRÊNCIA - ÁREA ONDE VIVEM OS ANIMAIS - LIMPEZA - INFILTRAÇÃO - DANO - PERIGO - COMPROVAÇÃO - AUSÊNCIA - TUTELA ANTECIPADA PARA RETIRADA DOS ANIMAIS - DILAÇÃO PROBATÓRIA - NECESSIDADE - VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES - PROVA INEQUÍVOCA - INEXISTÊNCIA - CONCESSÃO - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Agravo de instrumento. Tutela antecipada concedida para retirada de cães da unidade condominial. Exigência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações. Alto grau de probabilidade. Inocorrência. Necessidade de dilação probatória. Perigo de irreversibilidade da medida.

- Para deferimento da tutela antecipada, exige-se que o juiz esteja convencido da verossimilhança das alegações da parte requerente, diante de prova inequívoca, ou seja, que visualize forte probabilidade de que os fatos ali narrados sejam verdadeiros.

- Se a convenção condominial autoriza a criação de cachorros no edifício e o agravado não consegue comprovar, ainda que sob um juízo de cognição sumária, que os referidos animais perturbam o sossego e a saúde dos demais moradores, não se justifica a determinação antecipada para retirada dos animais. Reforça tal posicionamento o fato de que a providência pretendida parece ineficaz para solucionar o problema da infiltração mencionado nos autos. Ausente, portanto, a prova inequívoca, não é possível a concessão da antecipação de tutela.

AGRAVO N° 1.0024.06.061898-0/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Margarida Maria Siffert Andrade Loureiro e seu marido - Agravado: Condomínio Edifício Maria Emília - Relator: Des. RENATO MARTINS JACOB

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2007. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

Notas taquigráficas

O *Sr. Des. Renato Martins Jacob* - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Margarida Maria Siffert Andrade Loureiro e seu marido em face da respeitável decisão de f. 241/242-TJ, proferida pelo douto Juiz de Direito da 15ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - Minas Gerais, nos autos de ação ordinária que lhe move o Condomínio Edifício Maria Emília.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 121

Dirige-se o inconformismo à decisão que deferiu parcialmente a antecipação de tutela pretendida pelos agravados, determinando aos recorrentes que retirassem do apartamento os quatro cães que nele são mantidos, no prazo de dez dias, sob pena de multa diária de R$100,00 (cem reais).

Entendeu o il. Magistrado que a prova inequívoca da verossimilhança das alegações está consubstanciada no laudo técnico trazido com a inicial, que demonstra que as águas utilizadas para limpeza da área, na qual os animais vivem, infiltram-se pela laje e corroem o concreto, acrescentando, ainda, a vedação constante da convenção de condomínio.

Constou, também, do despacho guerreado a existência do perigo de dano, já que há possibilidade de estragos aos veículos estacionados na garagem.

Irresignados, sustentam os agravantes que, ao se mudarem para o apartamento, colocaram, após avaliação técnica de engenharia, bandejas coletoras em toda a extensão das infiltrações, acrescentando que, naquela oportunidade, foram informados pelo antigo síndico de que a mantença dos cães não representaria problema para o condomínio.

Alegam, também, que não possuem outro local para abrigar os cães, notadamente por se tratar de animais em idade avançada e já integrados ao convívio da família há mais de doze anos.

Ressaltam que o próprio Julgador reconheceu que não existiam provas suficientes de que os danos decorreriam diretamente da presença dos animais no citado imóvel.

Destacam que a decisão hostilizada interfere no direito de propriedade sem motivo justo para tanto, salientando, na seqüência, que a jurisprudência tem mitigado a vedação constante da convenção condominial.

Asseveram que o laudo acostado à exordial não foi feito na área do apartamento, sendo certo que as infiltrações relatadas estão localizadas em área comum externa, ou seja, sujeita a chuvas.

Pedem, ao final, a concessão de efeito suspensivo e, no mérito, o provimento do agravo.

Admitido o processamento do agravo, restou deferido o efeito suspensivo (f. 260/263-TJ).

Ao agravo regimental, foi negado conhecimento, consoante acórdão de f. 301/305-TJ.

Em sede de contraminuta, os recorridos pugnaram pelo desprovimento do agravo.

Noticiou o ilustre Sentenciante o cumprimento do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil e a mantença da decisão hostilizada.

Recurso regularmente processado.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Da ausência dos requisitos insculpidos no art. 273 do Código de Processo Civil.

Data venia, a decisão atacada merece ser reformada, porquanto não se faz presente um dos requisitos ensejadores da antecipação de tutela.

Com efeito, para deferimento da medida, exige-se que o juiz esteja convencido da verossimilhança das alegações da parte requerente, diante de prova inequívoca, ou seja, que visualize forte probabilidade de que os fatos ali narrados sejam verdadeiros.

Esclarecendo a questão, assevera William Santos Ferreira:

> A forte probabilidade nada mais é do que algo muito próximo à 'convicção' para o momento processual da concessão da tutela antecipada, com duas características:
> a) a convicção do juiz para a concessão da tutela antecipada não tem a mesma carga da

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 122

> convicção do momento em que julga definitivamente a ação, pois seria exigir do magistrado algo impossível, ante a primeira tratar-se de cognição parcial;
> b) os elementos (argumentos e provas) que permitem ao julgador conceder a tutela antecipada (cognição parcial) não precisam, necessariamente, ser os mesmos que o habilitem a prolatar a sentença (cognição plena e exauriente); mas, neste momento, não anteverá o julgador argumentos e provas que o levem a outra conclusão (*Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000, p. 144).

Primeiramente, é importante registrar que a cláusula oitava da convenção condominial permite a criação de animais, desde que não prejudiquem o sossego ou a higiene do edifício.

Sucede que, diante do conjunto probatório constante do instrumento, não se pode extrair a presença da prova inequívoca apta a convencer que os cachorros, mantidos pelos agravantes, estejam realmente perturbando a tranqüilidade ou causem prejuízos à saúde dos demais moradores.

A insurgência manifestada nos autos limita-se à forma utilizada pelos agravantes na execução das providências de limpeza da área interna do apartamento, de sorte que a retirada dos cães (restrição do direito de propriedade) não importará, ao que parece, em solução para o problema de infiltração alegado, *data venia*, na medida em que os proprietários poderão perseverar no método de limpeza que vêm adotando, independentemente da presença dos animais no local.

Logo, é necessária a produção de prova robusta no sentido de que as infiltrações decorrem direta e exclusivamente da presença dos cachorros, o que, contudo, não restou induvidosamente demonstrado, tal como consignado no Agravo de Instrumento de nº 1.0024.06.061898-0/001, cuja irresignação se referia também à decisão ora hostilizada.

Ora, se a questão demanda dilação probatória, porque duvidosas e controvertidas as alegações constantes da peça inicial, não se afigura recomendável o deferimento da providência antecipatória.

Sob tal fundamento, não há como prosperar o *decisum* fustigado.

Forte no lineamento exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para revogar a antecipação de tutela deferida às f. 241/242-TJ pelo Juízo *a quo*.

Custas recursais, pelo agravado.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Valdez Leite Machado* e *Elias Camilo*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - LICENÇA SEM REMUNERAÇÃO - PRAZO INDETERMINADO - ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE - PEDIDO DE PRORROGAÇÃO - INDEFERIMENTO - AUTONOMIA DO MUNICÍPIO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - AUSÊNCIA

Ementa: Mandado de segurança. Licença por prazo indeterminado, sem remuneração, para acompanhar o cônjuge, militar do Exército, transferido para a Capital do Estado. Indeferimento da prorrogação do pedido. Autonomia do Município. Ausência de direito líquido e certo.

- O Município, ente público autônomo, nos termos da Constituição Federal, *ex vi* de seu art. 18, possui competência para definir, em seu âmbito, as licenças a que seus servidores têm direito.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 123

- Existente regramento de licença para trato de assuntos particulares e inexistente dispositivo sobre licença para acompanhar cônjuge, necessária a motivação razoável do ato, não sendo de se aplicar texto similar da legislação federal (art. 84, §§ 1º e 2º, da Lei 8.112/90) quando a incidência implicar ofensa a princípio sensível da Constituição Federal, no caso, a autonomia dos Municípios.

- O § 2º do art. 84 da Lei 8.112/90 tem aplicação aos servidores públicos federais, sob pena de violação ao art. 18 da CF/88.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0647.06.062393-9/001 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de São Sebastião do Paraíso - Apelante: Prefeito Municipal de São Sebastião do Paraíso - Apelada: Áurea Cristina de Mello Rodrigues - 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 REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2007. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

O *Sr. Des. Brandão Teixeira* - Em mãos, reexame necessário e apelação cível da r. sentença de f. 70/77, que, nos autos de mandado de segurança com pedido de liminar proposta por Áurea Cristina de Mello Rodrigues contra ato reputado ilegal e abusivo praticado pelo Prefeito Municipal de São Sebastião do Paraíso, Sr. Mauro Lúcio da Cunha Zanin, julgou procedente o pedido determinando ao réu que concedesse a licença para acompanhar cônjuge à impetrante, sem remuneração, por prazo indeterminado.

O i. Magistrado, ratificando a liminar, concedeu a segurança pleiteada ao fundamento central de que não se estava ferindo a autonomia municipal, porque, tendo a legislação local deixado de tratar a matéria, abrira oportunidade para que, na falta de lei específica, fosse utilizada a norma federal (art. 84, *caput* e § 1º, da Lei 8.112/90). O i. Magistrado acrescentou ainda que:

> ... não é caso de observar supremacia do interesse público frente ao direito individual da impetrante.
> Ocorre que, conforme já ressaltado no despacho de liminar, nenhum prejuízo sofrerá o Poder Público, já que a impetrante não será remunerada durante o período de licença e, na sua ausência, permite-se a contratação temporária de outro servidor (*sic*, f. 73).

O impetrado, inconformado com a r. sentença, interpôs o presente recurso de apelação. O apelante sustenta violação aos arts. 18 e 37, *caput*, ambos da CF/88, asseverando, em síntese, três ordens de idéias:

a) é da competência do Município legislar sobre assuntos de interesse local, a destacar as normas regentes do funcionalismo público municipal, pois não cabe ao Poder Judiciário, ao argumento de que há lacuna na lei municipal que rege a matéria, supri-la com a Lei 8.112/90, que não é diploma nacional, mas sim da União, vinculando, portando, soemnte este ente federativo;

b) a conduta do administrador público deve subordinar-se à lei, ou seja, nenhum benefício pode ser concedido a servidor, sem expressa disposição de lei;

c) e, por fim, a negativa da licença pleiteada não constitui ofensa ao princípio da proteção da família (81/87).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 124

A apelada apresentou contra-razões de f. 91/93.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador de Justiça Roberto Cerqueira Carvalhaes, opinou, em reexame, pela confirmação da sentença.

Conheço do reexame necessário por força do disposto no art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/1951 e do recurso voluntário, presentes os requisitos.

Mérito.

Consta dos autos que a impetrante fora admitida no serviço público municipal, por meio de concurso público, tendo sido nomeada em 10.06.2000, sendo casada com o Sr. Washington Luís Ribeiro Cardoso Pires, servidor público militar do Exército. Este fora transferido a bem do serviço público em 15 de dezembro de 2003 para a cidade de Belo Horizonte, onde se encontra até o presente momento. Por ocasião da referida transferência, a impetrante requereu licença para tratamento de assuntos particulares, em virtude da inexistência de parâmetro legal no estatuto dos servidores municipais para acompanhar o cônjuge. Vencido o prazo, a impetrante protocolizou em 15.12.2005 pedido administrativo com objetivo de prorrogar sua licença sem vencimento para que pudesse continuar com seu cônjuge e família, hoje composta pelo marido e três filhos.

O indeferimento do pedido da impetrante se dera com fundamento no Parecer nº 001/06 acostado às f. 17/19. Referido parecer ressalta, dentre outros motivos, o fato de que a existência de licença não remunerada a servidor para acompanhar cônjuge, nos estatutos federal e estadual decorre da "conveniência do serviço público", que, nestes casos, segundo sustenta, pode ser prestado em outras localidades de interesse da Administração Pública, o que não ocorre com a administração municipal, cujos serviços não podem ser fracionados em outras unidades federativas.

Eis a espécie.

Data venia da respeitável sentença do i. Magistrado, tenho que a mesma merece reforma.

Para compor raciocínio apenas, transcrevo o art. 84, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei Federal 8.112/90, cujo texto foi invocado na inicial (*sic*, f. 03), contestado nas informações (*sic*, f. 46), utilizado como base de sustentação do *Parquet* (*sic*, f. 68) e, por fim, tomado como fundamento da r. sentença, ora sob reexame. Veja-se:

> Art. 84. Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.
> § 1º. A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração.
> § 2º. No deslocamento de servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) (vide: http:// www. planalto. gov. br/ ccivil03/Leis/L8112compilado.htm).

É sabido que a licença enquanto gênero se constitui em direito dos servidores público durante certo tempo. O servidor pode afastar-se do serviço nos seguintes casos: a) licença para tratamento de saúde; b) doença em pessoa da família; c) para acompanhar cônjuge em deslocação; d) para o serviço militar; e) para exercer atividade política; f) para curso de capacitação; g) para tratar de interesses particulares (*in* OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 128).

Como visto acima, o primeiro pedido de licença requerido pela impetrante respaldado na premissa de tratar de assuntos particulares fora deferido pela Municipalidade. Somente por ocasião de seu segundo pedido, agora fundado no deslocamento de cônjuge, é que o Município indeferira o pedido. Ora, o fato subjacente ao pedido, ou seja, a mudança de domicílio de seu

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 125

marido, militar do Exército, para a cidade de Belo Horizonte, juntamente com seus três filhos, é, sim, relevante, sob o aspecto familiar, porém não encontra repercussão na legislação municipal. Acontece que a especial proteção constitucional deferida à família (art. 226 da CF/88) não pode ser invocada, quando esta norma confrontar com outra norma constitucional. Como adiante será demonstrado, a norma protetiva deve sim ser aplicada aos casos concretos, com a máxima carga normativa possível, porém deve, por outro lado, respeitar, e não vulnerar princípio sensível também disposto na própria Constituição Federal, como no caso, a autonomia dos Municípios.

Em verdade, e tendo em conta os argumentos acima, vê-se que, no caso em exame, há violação à autonomia municipal quando, na ausência de dispositivo legal municipal, aplica-se preceito de outro ente federativo. Corrobora a tese de preservação da autonomia municipal o seguinte aresto do eg. STF. Veja-se:

> A autonomia constitucional reconhecida ao Distrito Federal, que lhe confere a prerrogativa de dispor, em sede normativa própria, sobre o regime jurídico dos seus servidores civis, impede que se estendam, automaticamente, ao plano local os efeitos pertinentes à política de remuneração estabelecida pela União Federal em favor dos seus agentes públicos (RE 177.599, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30.08.94, *DJ* de 20.04.95) (in: www.stf.gov.br).

Logo, tendo em conta a preservação da autonomia municipal, somente se poderá admitir a aplicação de norma federal quando esta não contrariar princípio ou regra constitucional. O sistema federativo brasileiro comporta a criação legislativa em seus três níveis (União, Estados Federados, Distrito Federal e Municípios), distinguindo, quando possível, a lei nacional da lei federal. A compatibilização entre a proteção da família e a licença por deslocamento de cônjuge tem guarida e solução no plano federal. No plano municipal, esta compatibilização não se aperfeiçoa, diante da autonomia municipal. Por isso, não se desconhece, a existência de entendimento em contrário ao argumento aqui exposto. Contudo, consoante os argumentos acima, a aplicação do art. 84, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei Federal nº 8.112/90 somente se torna razoável quando o requerente interessado em licenciar-se para acompanhar pessoalmente cônjuge ou companheiro seja servidor público federal. Logo, tendo em mira esta questão fática, impecável a interpretação de arestos como o referido abaixo. Veja-se:

> Constitucional e administrativo - Servidor público - Licença para acompanhar cônjuge - Prorrogação - Arts. 84 da Lei nº 8.112/90, 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, 226 e 227 da Constituição Federal.
> - I - O art. 84 da Lei nº 8.112/90, em sua redação anterior e posterior à da Lei nº 9.527/97, prevê que a licença por motivo de deslocamento do cônjuge será por prazo indeterminado e sem remuneração, não estabelecendo, como requisito para sua concessão, a qualidade de servidor público do cônjuge ou companheiro ou a ocorrência do deslocamento no interesse da Administração.
> - II - O § 2º do aludido art. 84 da Lei nº 8.112/90 - que permitia que, no caso do deslocamento do cônjuge ou companheiro, o servidor fosse lotado, provisoriamente, em repartição da administração federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo - passou a possibilitar, na nova redação que lhe deu a Lei nº 9.527/97, exercício provisório, naqueles órgãos ou entidades, apenas na hipótese em que o cônjuge ou companheiro também seja servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
> - III - À época em que deferida a licença à autora para acompanhar cônjuge, com lotação provisória na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, assim como na data em que convocada para reassumir suas funções de Professora Auxiliar, na Universidade Federal do Mato Grosso, o art. 84 da Lei nº 8.112/90 vigorava na redação primitiva, sendo certo que, mesmo em face da alteração promovida pela Lei nº 9.527/97, exercendo seu marido o cargo de Professor Adjunto, com dedicação exclusiva, sob o regime da Lei nº 8.112/90, na UFRS, e manifestando-se esta Universidade no sentido de ser imprescindível a permanência da autora no Departamento de Pediatria e Puericultura de sua Faculdade de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 126

> Medicina, faz ela jus à continuidade de sua licença - assegurada, legalmente, por prazo indeterminado - para acompanhar cônjuge, com lotação provisória no citado Departamento, especialmente em face dos fins sociais aos quais se dirige a norma (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil) e do disposto nos arts. 226 e 227 da Constituição Federal, que estabelecem ter a família especial proteção do Estado, que tem o dever de assegurar à criança o direito à convivência familiar.
> - IV - Apelação provida (AC 1998.01.00.089982-3/MT, Rel.ª Juíza Assusete Magalhães, Segunda Turma, *DJ* de 25.02.2002, p. 27).

Acontece que o legislador ordinário, ao acrescentar o § 2º ao artigo 84, na redação dada pela Lei Federal 9.527/97, apenas assumiu responsabilidade para a União como um dos entes federativos, e não para os outros. A licença para tratar de interesses particulares depende, para sua fruição, da conveniência da Administração, não cabendo ao Poder Judiciário, sob fundamento de especial proteção da família, invocar texto normativo de outro ente federativo para, substituindo a conveniência do administrador público, concedê-la, violando a autonomia municipal.

Com esses fundamentos, em reexame necessário, reformo a r. sentença.

Conclusão.

Pelo exposto, com fundamento no art. 12 da Lei Federal 1.533/51, reformo, em reexame necessário, a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Sem sucumbência, Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

Custas, *ex lege*, isento.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Caetano Levi Lopes e Francisco Figueiredo.*

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - INTERNET - ANÚNCIO DE SERVIÇOS SEXUAIS - LEGITIMIDADE ATIVA - LEGITIMIDADE PASSIVA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - LEI DE IMPRENSA - APLICAÇÃO POR ANALOGIA

Ementa: Ação de indenização. Dano moral. Internet. Anúncio de serviços sexuais. Legitimidade ativa. Legitimidade passiva. Responsabilidade solidária. Lei de Imprensa. Aplicação.

- Caracteriza-se como dano moral o anúncio de cunho sexual divulgado em página da internet, respondendo, solidariamente, todas as partes envolvidas, tanto o titular do portal quanto do endereço eletrônico.

- Havendo menção do nome do autor com o número de seu telefone comercial, sem possibilidade de identificação de homônimo, caracteriza-se a legitimidade ativa.

- Por analogia, aplicam-se as disposições da Lei de Imprensa à falta de legislação específica a regular a matéria, ainda mais em face da natureza das atividades desenvolvidas.

Agravo retido não provido, preliminares rejeitadas e apelações não providas.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0145.03.062723-9/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1ª) TV Juiz de Fora Ltda., 2ª) Mídia 1 Publicidade, Propaganda e Marketing Ltda. - Apelada: Célia Marisa de Andrade Costa - Relator: Des. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 127

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, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2007. - *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela primeira apelante, o Dr. Manoel de Souza Barros Neto.

O *Sr. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - Ouvi atentamente a exposição feita da tribuna pelo ilustre advogado, Dr. Manoel de Souza Barros Neto, e registro que recebi e examinei o memorial encaminhado.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Pretende a apelante TV Juiz de Fora Ltda. a reforma da decisão proferida, alegando, em preliminar, sua ilegitimidade passiva e, no mérito, sustenta que a veiculação do anúncio se deu no endereço eletrônico www.oclick.com.br, e não naquele por ela administrado.

Destaca que todo acesso ao endereço eletrônico, inclusive a inclusão de anúncios é feita sem sua interferência, e ainda que não houve a prática de qualquer ato afrontoso à imagem da apelada ou a inclusão de qualquer anúncio ou reportagem por parte de seus prepostos.

Pretende a apelante Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing Ltda. a reforma da decisão proferida, argüindo preliminarmente sua ilegitimidade passiva, assim como a ilegitimidade ativa da apelada.

No mérito, sustenta a inocorrência de dano moral, não existindo prova de que a pessoa do anúncio seja a mesma da apelada.

Destaca que a repercussão do anúncio somente poderia verificar-se se a própria apelada confirmasse ser ela a pessoa do anúncio, destacando ainda o excesso do valor arbitrado para a indenização.

Agravo retido.

Preliminares.

Inicialmente, constato que as razões aduzidas no agravo retido de f. 132/134 se confundem com as preliminares de ilegitimidade passiva e ativa, suscitadas pela segunda apelante, Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing Ltda., razão pela qual serão apreciadas conjuntamente.

A questão da legitimidade ativa da apelada/agravada parece-me evidente, já que patente seu interesse de agir.

O anúncio veiculado através das apelantes, demonstrado à f. 24, cujo teor tenho como aviltante para as pessoas de boa índole, é motivo suficiente para caracterizar o interesse de agir.

Na mesma linha, constato do referido documento que o telefone veiculado no anúncio é o mesmo do local de trabalho da apelada/agravada, consoante se infere à f. 17.

Tal situação, aliada ao fato de ter sido veiculado nome idêntico ao da autora, sem possibilidade de distinção de homônimo, é suficiente ao reconhecimento de seu interesse processual como também de sua legitimidade para pleitear o que entende ser o seu direito.

Por outro lado, o reles fato de o anúncio ter sido veiculado no endereço eletrônico patrocinado pela apelante/agravante é suficiente para o reconhecimento de sua legitimidade passiva *ad causam*.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 128

No que concerne à alegação de ilegitimidade passiva da primeira apelante, entendo que melhor sorte não lhe é reservada.

Em sua contestação, reconhece a titularidade do domínio ipanorama.com e a relação jurídica mantida com a segunda apelante, para inserção de material de divulgação diverso, através deste, advindo evidentemente deste fato sua legitimidade passiva.

A alegação de que o anúncio teria sido veiculado em endereço eletrônico que não é de sua administração e ainda sem interferência sua ou de seus prepostos também não pode prosperar.

Restou evidenciado nos autos que o mencionado anúncio foi veiculado no endereço eletrônico mantido pela segunda apelante no domínio eletrônico de propriedade da suscitante.

E, mais, o contrato celebrado entre as apelantes, trazido aos autos às f. 36/42, estabelece inclusive a divisão da receita líquida decorrente da parceria comercial estabelecida entre as partes.

O Código Civil, em seu art. 927, estabelece que:

> Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Dessa forma, não pode a apelante tentar se eximir de sua responsabilidade, que decorre não só do contrato trazido aos autos, mas também do próprio exercício de sua atividade empresarial.

Sob esta ótica, é mister que se destaque que, nos últimos tempos, a mídia tem divulgado inúmeros casos semelhantes ao descrito nos autos, inclusive com divulgação de fotos e vídeos, o que vem demonstrar que, não obstante o avanço tecnológico alcançado, as administradoras dos portais e endereços eletrônicos têm sido negligentes na condução de suas atividades, permitindo danos a terceiros.

Eventual responsabilidade contratual estabelecida entre as empresas parceiras deverá ser apurada pela via processual adequada e em sede de regresso.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial, consubstanciado pelos Acórdãos nº 433758-0 e nº 430599-9, Relatores, respectivamente, os Desembargadores Tereza Cristina da Cunha Peixoto e Alberto Vilas Boas:

> Ementa: Ação de indenização por danos morais - Provedora de internet - Hospedagem de *sites* - Invasão de *hackers* - Fotos pornográficas - Abalo na imagem da pessoa jurídica - Responsabilidade contratual - Indenização. - Provados o dano ou prejuízo sofrido pela vítima, a culpa do agente e o nexo causal, surge a obrigação de indenizar, que só será afastada em hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou se a responsabilidade pelo evento danoso for exclusiva da parte lesada. - Se, por um lado, a conduta dos *hackers* é considerada previsível e evitável, atualmente, dependendo apenas da evolução tecnológica, não havendo como se aplicar a excludente de força maior, por outro, a apuração da responsabilidade das empresas prestadoras de serviços de acesso à rede mundial depende do caso concreto. - A publicidade amplamente divulgada garantindo segurança aos assinantes da provedora implica responsabilidade da empresa nos exatos termos da oferta apresentada, já que respondem os provedores pelos serviços prestados aos usuários por força de obrigação contratual. - Em questão de responsabilização, há de se ter em conta se a empresa veiculou publicidade quanto à existência de segurança para a hospedagem dos *sites*, ou se comprovou ter informado a seus clientes, de maneira transparente, sobre as questões relativas às invasões dos *hackers.* A ausência de qualquer informação nesse sentido pode dar ensejo à responsabilidade da provedora.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 129

> Ementa: Ação de indenização. Danos morais. Anúncio de serviços sexuais. Equívoco no número do telefone publicado. Violação de direitos personalíssimos. Danos morais presumidos. - É cabível a condenação de empresa responsável pela publicação de jornal que veicula anúncio de serviço sexual com número de telefone errado. - O dano moral é presumido quando se trata de violação da intimidade, privacidade e honra, por tratar-se de direitos personalíssimos. - Primeira apelação provida e segunda não provida.

Sem mais delongas, nego provimento às razões do agravo retido e rejeito as preliminares suscitadas.

O *Sr. Des. Pereira da Silva* - Também nego provimento ao agravo retido.

O *Sr. Des. Roberto Borges de Oliveira* - Sr. Presidente. Gostaria de registrar que recebi o memorial.

De acordo com o Relator.

O *Sr. Des. Pereira da Silva* - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS NEGAREM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E REJEITAREM AS PRELIMINARES.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo primeiro apelante, o Dr. Manoel de Souza Barros Neto.

O *Sr. Des. Presidente* - Este feito veio adiado a pedido do Des. Revisor. O Relator rejeitava as preliminares e negava provimento ao agravo retido.

O *Sr. Des. Pereira da Silva* - Pedi vista na última sessão para exame dos autos. Pacificada a minha consciência, estou acompanhando o voto de V. Ex.ª, rejeitando também as preliminares.

O *Sr. Des. Roberto Borges de Oliveira* - De acordo.

O *Sr. Des. Alberto Aluízio Pacheco* de Andrade - Questão principal.

No mérito, destaco que melhor sorte não é reservada às apelantes.

O dano experimentado pela apelada parece-me evidente, visto que exposta a uma situação extremamente vexatória, em seu local de trabalho, no qual exerce função de gerência, através da veiculação de anúncio com oferta de serviços de ordem sexual.

As apelantes foram negligentes ao extremo ao anuírem com a veiculação de anúncio de tal ordem, sem proceder a qualquer averiguação prévia que pudesse constatar sua veracidade, ainda mais quando consta para contato telefone comercial.

Por outro lado, a prova oral coletada por ocasião da instrução processual é farta no sentido de demonstrar que a apelada foi sistematicamente importunada em seu local de trabalho, por diversas vezes, por pessoas que atendiam ao anúncio veiculado, o que, por si só, basta para o reconhecimento da configuração do dano e a imposição do dever de indenizar.

Não se demonstrou em momento algum que a apelada tivesse contribuído de qualquer forma para divulgação dos fatos, pelo contrário, o que se sabe é que buscou de todas as formas restringir sua divulgação.

Para configuração do dano moral que justifique o pagamento da respectiva indenização, é irrelevante a demonstração de dano efetivo; aliás, este aspecto da decisão proferida nem sequer foi objeto de recurso por parte do apelante.

O art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988 dispõe que:

> são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Oportuna a lição de Alexandre de Moraes *in Direito constitucional*, 17. ed., Editora Atlas, p. 44/45:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 130

> A Constituição Federal prevê o direito de indenização por dano material, moral e à imagem, consagrando, no inciso V, art. 5º, ao ofendido total reparabilidade em virtude dos prejuízos sofridos.

A norma pretende a reparação da ordem jurídica lesada, seja por meio de ressarcimento econômico, seja por outros meios, por exemplo, o direito de resposta.

O art. 5º, V, não permite qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade da indenização por dano moral, inclusive a cumulatividade dessa com a indenização por danos materiais.

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbações nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização", inclusive em relação aos danos estéticos.

Como ensina Rui Stocco,

> pacificado, hoje, o entendimento de que o dano moral é indenizável e afastadas as restrições, o preconceito e a má vontade que a doutrina pátria e a alienígena impunham à tese, com o advento da nova ordem constitucional (CF/88), nenhum óbice se pode, *a priori*, antepor à indenizabilidade cumulada.

Limongi França traz-nos o conceito de dano moral, afirmando ser

> aquele em que, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos.

Quanto aos critérios de fixação dos danos, entendo que melhor sorte não é reservada às apelantes.

Destaco que a aplicação analógica das diretrizes da Lei de Imprensa, Lei 5.250/60, foi procedida de forma extremamente oportuna pelo MM. Juiz da causa.

De fato, o objeto social das apelantes, assim como a natureza das atividades por elas desempenhadas e a inexistência de legislação específica quanto à matéria culminam com a aplicação dessa legislação especial em face da similitude da matéria.

Tanto é que o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, ao apreciar a matéria, posicionou-se da seguinte forma no Acórdão de nº 424419-9, Relator o Desembargador Pedro Bernardes:

> Ementa: Exceção de incompetência - Ação ordinária declaratória c/c reparação de dano - Uso da internet - Aplicação dos dispositivos da Lei de Imprensa - Competência em caso de reparação de dano se firma no local do fato ou ato.
> (...)
> - Informação veiculada pela internet tem uma origem. Ela foi escrita e gravada em um local, como um jornal, ou como um estúdio de TV ou de rádio. Por o agravado ter domicílio em Campo Grande/MS, entende-se que, nesta comarca, ocorreu a origem da informação da página da internet.

Quanto à divulgação de material em página da internet, o douto Relator destacou a lição de Carlos Roberto Gonçalves, *in Responsabilidade civil*, 8. ed., Editora Saraiva, 2003, p. 119:

> Havendo ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, podem ser responsabilizados não somente os autores da ofensa como também os que contribuíram para a sua divulgação. Caracterizado o ilícito civil, com a demonstração da existência de relação de causalidade entre o ato e o dano causado, poderá haver aplicação, em qualquer caso, dos dispositivos da Lei de Imprensa.

A indenização por danos morais objetiva compensar a vítima pelos dissabores experimentados em decorrência da ação do autor e, por outro lado, servir de medida educativa, de forma a alertar o agente causador do dano quanto à ocorrência de novos fatos.

No caso vertente, constato que essa regra foi sobejamente aplicada, não comportando a decisão proferida pelo MM. Juiz da causa qualquer censura.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 131

Posto isso, nego provimento à apelação interposta, mantendo integralmente a decisão proferida pelo MM. Juiz da causa.

Custas, pelas apelantes.

O *Sr. Des. Pereira da Silva* - Também nego provimento a ambas as apelações.

O *Sr. Des. Roberto Borges de Oliveira* - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

-:::-

AÇÃO MONITÓRIA - CHEQUES PRESCRITOS - TÍTULOS HÁBEIS - CÓPIAS AUTENTICADAS - POSSIBILIDADE - VALOR INDEVIDO - DEVEDOR - ÔNUS DA PROVA

Ementa: Ação monitória. Cópias autenticadas de cheques. Possibilidade. Depósito posterior dos originais no cofre da secretaria. Cheques prescritos. Títulos hábeis a instruir a ação. Réu. Ônus de provar que o valor não é devido. Não-comprovação.

- É perfeitamente possível a instrução de ação monitória com as cópias autênticas dos documentos aos quais se pretende imprimir força executiva. Isso, porque a autenticação de cópia de documento gera presunção relativa de conformidade desta com o original. Contudo, esta discussão perdeu relevo nos autos, diante do depósito dos originais dos cheques no cofre da secretaria, procedimento comum em casos similares, que visa garantir a segurança dos títulos e, conseqüentemente, o interesse de ambas as partes litigantes.

- Os cheques prescritos são documentos hábeis a instruir ação monitória, cabendo ao devedor, se o desejar, demonstrar que o valor inscrito nos títulos não é devido, nos termos do art. 333, II, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0027.05.065979-9/001 - Comarca de Betim - Apelante: Francisco de Araújo Moreira Gontijo - Apelada: Leila de Lourdes Barros de Melo - 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 julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2007. *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

O *Sr. Des. Eduardo Mariné da Cunha* - Trata a espécie de ação monitória ajuizada por Leila de Lourdes Barros de Melo em face de Francisco de Araújo Moreira Gontijo.

Alegou que é credora do requerido da importância histórica de R$ 16.000,00, representada pelos cheques nº 759223 e 759234, emitidos por aquele e sacados pelo Banco do Brasil S.A.

Relatou que os aludidos cheques se encontram prescritos, porém constituem prova escrita hábil a instruir ação monitória.

Requereu a expedição de mandado monitório, citando-se o requerido para pagamento da quantia de R$ 53.068,61, equivalente

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 132

ao montante da dívida, acrescida de juros e correção monetária desde a emissão dos títulos, até a data do ajuizamento da ação.

Em sua defesa, a ré argüiu, preliminarmente, a necessidade de extinção do processo, tendo em vista que não foram anexados aos autos os originais dos cheques descritos na inicial.

Observou que os cheques estão prescritos, não podendo ser objeto de execução.

Consignou que já efetuou pagamentos que totalizam R$1.560,00, valores que não foram abatidos pela autora, apesar de admitidos na inicial (f. 03). Pleiteou a improcedência da demanda.

Na audiência de f. 25, frustrada a tentativa de conciliação em virtude da ausência da requerente, manifestou-se o requerido no sentido de que não possuía mais provas a produzir.

Na sentença, o Juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os embargos, para converter os documentos escritos em título executivo judicial no importe de R$16.000,00, decotada a quantia de R$1.500,00 do débito, incidindo a correção monetária pela tabela da CJ, desde a emissão dos cheques e juros de 0.5% a.m., a partir da citação (1º.9.2005).

Foram interpostos embargos declaratórios pela autora às f. 30/31, consignando que o valor a ser excluído da condenação era de R$1.560,00. O Julgador primevo acolheu os embargos, para esclarecer que o decote deveria ser de R$1.560,00, e não R$1.500,00 (f. 38-v.).

Inconformado, o réu apelou, suscitando preliminar de extinção do processo, ao argumento de que não foram anexados aos autos os originais dos cheques descritos na inicial.

Aduziu, ainda, que os cheques estão prescritos, não podendo ser objeto de execução. Requereu a reforma da sentença.

A apelada apresentou contra-razões, tecendo argumentos em prol da manutenção da decisão monocrática.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Inicialmente, afasto a alegação do apelante de que o feito deveria ser extinto em razão de não terem sido juntados aos autos os originais dos cheques descritos na inicial.

Verifica-se dos autos que a autora instruiu a peça de ingresso com a cópia autenticada dos cheques (f. 7), tendo, posteriormente, depositado na secretaria os respectivos originais (certidão de f. 25-v.).

Ora, é perfeitamente possível a instrução de ação monitória com as cópias autênticas dos documentos escritos. A uma, porque os cheques prescritos não são títulos executivos, circulando por simples endosso. A duas, porque a autenticação das cópias dos documentos gera presunção relativa de sua conformidade com os originais. A três, porque os originais vieram a ser depositados no cofre da secretaria do Juízo.

Esta Corte, por diversas vezes, já reconheceu a possibilidade de instrução de ação monitória com cópias autenticadas de documentos:

> Monitória - Notas fiscais/faturas acompanhadas dos instrumentos de protesto de duplicatas e dos comprovantes da entrega das mercadorias - Cópias autenticadas - Existência de prova escrita apta a viabilizar a ação - Ônus da prova. - As cópias autenticadas de notas fiscais/faturas acompanhadas dos instrumentos de protesto de duplicatas e dos comprovantes da entrega das mercadorias podem ser consideradas como prova escrita apta a viabilizar ação monitória. - A ação monitória não apresenta novidade alguma quanto ao ônus da prova, incumbindo ao réu a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (TJMG - AC nº 2.0000.00.440640-4/000, Relator Des. Osmando Almeida, j. em 15.03.2005).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 133

> Ação monitória. Ausência de título executivo. Documentos autenticados. Desnecessidade de apresentação dos originais.
> -(...) As cópias devidamente autenticadas substituem os documentos originais e geram presunção relativa de veracidade. - A nossa sistemática processual determina à parte a comprovação de suas alegações. Não se desincumbindo de tal mister, a conseqüência é a sua derrota na demanda ajuizada. - Preliminares rejeitadas e recurso não provido (TJMG - AC nº 2.0000.00.377592-8/000, Relator Des. Pereira da Silva, j. em 25.02.2003).

> Apelação cível - Ação monitória - Prova escrita - Dívida líquida e certa - Cópia autenticada de cheque - Confissão de dívida - Documento hábil - Justiça gratuita - Sucumbência - Suspensão da exigibilidade - Art. 12 da Lei 1.060/50. - A ação monitória deve estar instruída de documento escrito comprobatório de dívida líquida e certa, despida de força executiva. - Constitui prova escrita necessária e suficiente a apresentação de cópia autenticada de cheque emitido pelo requerido, nos termos do art. 1.102a do CPC. - Suspendem-se os efeitos da condenação quanto às custas e honorários se o condenado está sob o amparo da gratuidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50 (TJMG - AC nº 406772-3, Rel. Des. Armando Freire, j. em 06.11.2003)

Contudo, esta discussão perdeu relevo nos autos, diante do depósito dos originais dos cheques no cofre da secretaria, procedimento comum em casos similares, que visa garantir a segurança dos títulos e, conseqüentemente, o interesse das partes litigantes.

A propósito:

> Ação monitória - Cheque prescrito - Prescrição vintenária - Documento hábil - Publicidade dos autos - Originais - Cofre - Interesse das partes - Art. 333, II, do CPC - Inobservância. - O cheque prescrito é documento hábil a ensejar o procedimento de injunção, sendo o único requisito exigido pelo art. 1.102a do Código de Processo Civil. - Ante a publicidade dos autos, as secretarias de juízo têm como praxe guardar os originais dos títulos cambiários e outros documentos importantes em cofres, visando resguardar os interesses das próprias partes. - Aplica-se ao procedimento monitório o comando inserto no art. 333, II, do Código de Processo Civil (TJMG - AC nº 1.0024.04.325606-4/001, Relator Des. Renato Martins Jacob, j. em 09.03.2006).

Dessarte, rejeito a preliminar de extinção do processo por ausência de apresentação dos originais dos títulos descritos na inicial.

Melhor sorte não assiste ao apelante no tocante à preliminar de prescrição dos cheques, os quais não podem ser objeto de execução.

Ora, no caso dos autos, não se trata de execução, mas sim de ação monitória, cujo ajuizamento busca justamente imprimir força executiva aos cheques de f. 7, que a perderam em virtude da prescrição cambial.

Sobre a ação monitória, trago a lume as lições de Ernane Fidélis dos Santos, em sua novíssima obra *Ação monitória*:

> As cambiais e os títulos cambiariformes sujeitam-se, de modo geral, a prazos prescricionais reduzidos, mas a doutrina e a jurisprudência consagraram o entendimento de que o negócio subjacente, quer dizer, a causa remota da cártula, nada tem a ver com a prescrição cambial. (...) Em razão da força probante dos títulos cambiais, ainda que prescritos, ou mesmo que a ausência de algum requisito os desnature como título executivo, têm sido admitidos como prova escrita do procedimento monitório, mas, em sincronia com o procedimento comum, de cobrança, a jurisprudência tem insistido na perfeita descrição da *causa debendi*. (...) Há manifesto equívoco nas decisões. A sincronia da monitória deve estabelecer-se, exclusiva e necessariamente, entre a prova escrita (título monitório), o pedido e o mandato, não havendo como não identificá-los, um com o outro, de forma tal que apenas se pede o pagamento ou transformação em título judicial do que se contém no título, considerado hábil para, por ele só, com a pressuposição da não-impugnação, receber a característica executória. Toda e qualquer questão impugnatória, sem importar em necessária inversão de ônus de prova, como querem alguns, se levanta nos embargos incidentes, pelo próprio embargante. É interessante observar que, se

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 134

> o chamado negócio subjacente, quando denunciado em procedimento comum, vai ter a declaração vazia do título cambial como início de prova, de tal forma que o próprio negócio precisa ser alegado para ser provado, na monitória sobretudo, pela finalidade da fase inicial, contenta-se com a prova declaratória da dívida tão-somente e, em conseqüência, com a exclusiva descrição do título, sendo irrelevante que, impugnada a dívida em embargos, ao embargado já se obriguem a alegação e a prova da *causa debendi* (*Ação monitória*, Del Rey, 2000, p. 69/70).

Nelson Nery Junior registra, a propósito, que "'por documento escrito deve-se entender qualquer documento que seja merecedor de fé quanto à sua autenticidade e eficácia probatória'..." (REsp 173028/MG, STJ-4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* de14.12.98, p. 249, *LEX-STJ* 118/267, *RSTJ* 118/324).

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte é pacífica, no sentido de que a ação monitória pode ser instruída com cheques prescritos:

> Processual civil - Recurso especial - Deficiência na fundamentação - Súmula 284/STF - Ação monitória - Cheque prescrito até para ação de locupletamento - (...) - O cheque prescrito serve como instrumento de ação monitória, mesmo vencido o prazo de dois anos para a ação de enriquecimento (Lei do Cheque, art. 61), pois o art. 1.102a do CPC exige apenas 'prova escrita sem eficácia de título executivo', sem qualquer necessidade de demonstração da *causa debendi*. (...) (STJ - REsp 365061/MG, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. em 21.02.2006, *DJ* de 20.03.2006, p. 263).

> Processual civil. Ação monitória. Cheque prescrito. Documento hábil à instrução do pedido. Impugnação. Inicial. Descrição da *causa debendi*. Desnecessidade. - I. A jurisprudência do STJ é assente em admitir como prova hábil à comprovação do crédito vindicado em ação monitória cheque emitido pelo réu, cuja prescrição se tornou impeditiva da sua cobrança pela via executiva. - II. Para a propositura de ações que tais, é despiciendа a descrição da causa da dívida. - III. Recurso especial conhecido e provido (STJ - 4ª Turma - REsp nº 575027/RS - Relator Ministro Aldir Passarinho - j. em 19.02.2004 - *DJ* de 15.03.2004).

> Cheque prescrito. Documento escrito. Prova da dívida. Ação monitória. Documento. Existência da dívida. Prova escrita. - O cheque, mesmo que prescrito para o ajuizamento da ação de locupletamento, é documento escrito capaz de fazer prova da dívida, portanto hábil para instruir o procedimento monitório. (...) (TJMG - AC nº 2.0000.00.484611-1/000, Relator Des. Irmar Ferreira Campos, j. em 11.03.2005).

> Ação monitória - Prova escrita - Cheque prescrito - Art. 1.102 do CPC - Possibilidade. - A ação monitória, a teor do art. 1.102 a do CPC, tem base em prova escrita sem eficácia de título executivo. É considerado prova escrita o documento que, embora não prove diretamente o fato constitutivo do direito, possibilita ao juiz presumir a existência do direito alegado. - O cheque prescrito é prova escrita hábil para fundamentar a ação monitória (TJMG - AC nº 1.0079.03.106184-3/001, Relator Des. Alvimar de Ávila, j. em 30.08.2006).

Assim, é evidente que o fato de estarem os cheques que instruem a inicial prescritos não induz à extinção da ação monitória, que visa justamente a lhe atribuir força executiva.

Ante o exposto, rejeito mais esta preliminar.

No mérito, não merece reforma a sentença que julgou procedente o pedido monitório, constituindo título executivo em favor da autora.

É que o réu não se desincumbiu do ônus de comprovar o pagamento integral da dívida cobrada ou qualquer outro fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da requerente. Ressalte-se que o pagamento parcial do débito no valor de R$1.560,00 foi devidamente reconhecido na sentença, que o decotou do montante devido.

Dessarte, não tendo o réu se desincumbido de demonstrar a inexigibilidade da in-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 135

tegralidade do valor pleiteado, expresso nos cheques que instruem a peça de ingresso, impõe-se o desprovimento do apelo.

Em situações similares, já decidiu esta Corte:

> Ação monitória - Cheque prescrito - Cerceamento de defesa - Prova escrita idônea - Não-desconstituição pelo devedor - Embargos rejeitados - Manutenção do *decisum*. - O cheque prescrito constitui prova escrita apta a autorizar o ajuizamento de ação monitória, sendo irrelevante a relação subjacente que causou sua emissão. - Cabe ao embargante, na ação monitória, comprovar a inexistência da dívida ou qualquer fato extintivo ou modificativo do direito do autor, não se prestando para tal fim meras alegações desprovidas de quaisquer comprovações nos autos (TJMG - AC nº 2.0000.00.456125-9/000, Relatora Des.ª Selma Marques, j. em 17.11.2004).

Ante todo o exposto, entendo deva ser negado provimento ao apelo, mantendo-se a sentença.

Com tais razões de decidir, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Irmar Ferreira Campos e Luciano Pinto.*

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

-:::-

DIVÓRCIO DIRETO - SEPARAÇÃO DE FATO - BIÊNIO FACTUAL - BOLETIM DE OCORRÊNCIA - PROVA VÁLIDA DE TEMPO - NOME DE CASADA - MANUTENÇÃO - ART. 25, II, DA LEI 6.515/77 - ALIMENTOS - FILHOS - FIXAÇÃO

Ementa: Direito civil. Divórcio direto. Separação de fato. Prova do biênio factual. Boletins de ocorrência não elididos por outra prova válida. Nome de casada. Manutenção. Art. 25, II, da Lei 6.515/77. Alimentos em favor dos filhos. Fixação. Apelação provida.

- O boletim de ocorrência, como documento público que é, goza de presunção de veracidade *juris tantum*, devendo ser elidido por prova em contrário.

- Não elidida, vale como prova do tempo mínimo de separação de fato, necessário ao divórcio direto, tal como exige o art. 226, § 6º, da CF.

- Se, ao deixar a mulher de usar o nome de casada, ocorrer manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida, o art. 25 da Lei 6.515/77 autoriza-lhe continuar usando o nome de família do ex-marido.

- Os alimentos devem ser fixados segundo o binômio possibilidade do alimentante/necessidade do alimentando.

APELAÇÃO CÍVEL n° 1.0525.05.071978-6/001 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: L.M.J.P.O. - Apelado: J.P.O.N. - 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 DAR PROVIMENTO.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 136

Belo Horizonte, 3 de maio de 2007. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

O *Sr. Des. Nepomuceno Silva* - Trata-se de apelação (f. 277/281), interposta por L. M. J. P. O., em face da sentença (f. 273/276), via da qual o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre, considerando que não ficara provado o transcurso de dois anos da separação de fato, julgou improcedente o pedido na ação de divórcio, que, ali, propôs, contra J. P. O. N.

Para a apelante, entretanto, os boletins de ocorrência que tanto ela quanto o apelado juntaram aos autos, somados ao depoimento das testemunhas, provam, sim, o transcurso do prazo de 2 (dois) anos, necessários ao divórcio. Também, requer a fixação dos alimentos, em favor dos filhos do casal.

Embora intimado, o apelado não contrarazoou.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Conforme relatado, o MM. Juiz, ao julgar improcedente o pedido de divórcio e revogar a execução dos alimentos provisionais então fixados, assim o fez por entender que a autora/apelante não logrou provar o tempo mínimo de 2 (dois) anos de separação de fato, necessários ao divórcio direto (art. 226, § 6º, CF).

Contudo, penso diversamente, *data venia*, pois os carreados boletins de ocorrência (são vários, juntados tanto por um quanto pelo outro) somados à ausência de contraprova do réu, provam, suficientemente, o requisito da separação de fato, pelo tempo mínimo de 2 anos, tal como exigido constitucionalmente.

Segundo o art. 364 do CPC,

> o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

Com efeito, por se tratar de documento público elaborado por policial civil, o Boletim de Ocorrência desfruta da presunção *juris tantum* de veracidade, cumprindo à parte interessada o ônus de elidi-la, produzindo prova em sentido contrário, se assim entender necessário.

A propósito, Carlos Roberto Gonçalves ensina que:

> O boletim de ocorrência, como já se viu (retro, n. 122), goza de presunção de veracidade do que nele contém. Essa presunção não é absoluta, mas relativa, isto é, *juris tantum*. Cede lugar, pois, quando infirmada por outros elementos constantes dos autos. Cumpre, pois, ao réu o ônus de elidi-la, produzindo prova em sentido contrário (*Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 660).

E, do antigo Tribunal de Alçada do Estado, destaco, da lavra da Juíza Jurema Miranda, hoje, em. Desembargadora, *verbis*:

> Acidente de trânsito - Boletim de ocorrência - Presunção relativa de veracidade - Ônus da prova - Responsabilidade civil - Colisão contra traseira - Presunção de culpa. - Nos acidentes de trânsito, o boletim de ocorrência, por se tratar de documento público, elaborado por agente da autoridade, desfruta da presunção *juris tantum* de veracidade, produzindo efeitos jurídicos quanto ao seu contexto se não houver prova concreta em sentido contrário (Ap. Cível n.º 2.0000.00.307760-5/000, Rel.ª Juíza Jurema Miranda, j. em 10.05.2000).

Tanto a autora como o réu anexaram vários boletins de ocorrência (f. 17, 20, 21/22, 156, 157/158 e 159), que demonstram não só o litígio entre o casal e a desunião familiar como a separação de fato, deles, por mais de 2 anos. Assim é que, no boletim de ocorrência, de 10.08.2002, a autora alega que estão "em fase de separação judicial" (f. 20). Expressão seme-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 137

lhante está no boletim de f. 17, este de autoria do varão, aqui réu, quando ele, narrando os fatos, diz que "atualmente estão separados de corpos". Este último boletim é de 8 de maio de 2003.

Tendo a presente ação de divórcio sido proposta em 1º de junho de 2005 (f. 01), teria ficado provado, sim, já a essa data, o tempo mínimo necessário ao divórcio.

Assim, impõe-se dar procedência ao apelo, para fixar o divórcio das partes.

Segundo o parágrafo único do art. 25 da Lei 6.515/77 - aqui aplicado -, "a sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se a alteração prevista neste artigo acarretar: (...); II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida". É o caso, pois todos os 5 (cinco) filhos nascidos da união entre as partes têm como nome de família apenas o do pai, isto é "P. O.". Assim, retornando a mãe ao nome de solteira, seus filhos não terão seu nome de família, o que atrai a norma supra.

Tanto que, assim, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> Civil. Separação consensual. Mulher. Nome de casada. Manutenção. Art. 25, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 6.515/77.
> 1 - Reconhecido pela instância originária (ordinária) que, ao deixar a mulher de usar o nome de casada, ocorrerá manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida, não tem força bastante o fundamento da maioridade da prole, invocado pelo acórdão para reformar a sentença, porquanto se trata de requisito não contemplado pela lei de regência. Precedente da Quarta Turma - REsp 358.598-PR.
> 2 - Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido (REsp 247949/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 11.05.2004).

Assim, poderá a autora/apelante continuar a usar o nome de família do varão/apelado.

Quanto à partilha dos bens, a própria autora, em sua apelação, cuidou de aduzir que concordava que ela fosse postergada, atitude que encontra respaldo no art. 1.581 do Código Civil, segundo o qual "O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens".

Quanto aos alimentos, penso que a prova dos autos autoriza fixá-los em 10 (dez) salários mínimos, para a prole, como, aliás, definido provisoriamente (f. 133/v.).

Isso porque a autora provou que o varão tem duas empresas (f. 25/39 e 199) bem como o valor de seu patrimônio (f. 40/42), o que não foi infirmado por ele, que se limitou a alegar - sem provar - que não tem condições de pagar.

Também restou provada a necessidade dos filhos, um deles, aliás, cursando faculdade, outra, em vias disto e os outros três, menores, todos estudando.

Com tais argumentos e fundamentos, dou provimento à apelação, para decretar o divórcio das partes, autorizando que a autora continue a utilizar o nome de família do réu (P.O.), e fixar os alimentos, em favor dos filhos, em 10 (dez) salários mínimos, invertida a sucumbência.

Custas recursais, pelo apelado.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Mauro Soares de Freitas e Cláudio Costa.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 138

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ - MÁ-FORMAÇÃO DO FETO - SOBREVIVÊNCIA EXTRA-UTERINA - INVIABILIDADE - CONSTATAÇÃO MÉDICA - ABORTO EUGÊNICO - POSSIBILIDADE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Autorização judicial. Interrupção da gravidez. Má-formação do feto. Constatação técnica e médica. Impossibilidade de sobrevivência extra-uterina.

- A ausência de previsão autorizativa para o aborto eugênico no art. 128 do Código Penal não impede que o Judiciário analise o caso concreto e o resolva à luz do bom senso, da dignidade e da igualdade humana, preocupando-se com o bem-estar da gestante.

- Havendo constatação médica de má formação irreversível do nascituro, de moléstia incurável e de inviabilidade de vida após o parto, dada a ausência de previsão legal, pode o Judiciário autorizar a interrupção da gravidez.

APELAÇÃO CÍVEL n° 1.0342.07.087867-9/001 - Comarca de Ituiutaba - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: J.C.A. e outro - 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, 19 de junho de 2007. - *Osmando Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Osmando Almeida - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a r. sentença de f. 42/49, proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara Criminal, Infância e Juventude, Execução Penal e Precatória da Comarca de Ituiutaba, que, nos autos do pedido de autorização judicial manejado por J.C.A. e seu companheiro D.W.C.S., ora apelados, deferiu o pedido formulado na inicial, autorizando a realização, na autora, da cirurgia de aborto, que deverá ser efetuada por um médico obstetra do SUS local.

Em suas razões recursais de f. 52/66 alega o apelante que "a prática do aborto é criminosa no Brasil, imputando-se ampla responsabilidade ao médico" e que

> por sua vez, o art. 128 do Código Penal estipula somente dois casos e excludentes punitivas da interrupção da gestação: a primeira é a terapêutica, à vista do risco de vida da gestante (aborto necessário); a segunda, no caso de gravidez resultante de estupro, com firme motivação humanitária.

Afirma que

> o caso gravita em torno de uma terceira possível exceção, o 'aborto eugênico', ou seja, relativo ao bom desenvolvimento do feto; em verdade, quando configurada a má formação fetal, implicando, por conseguinte, a inviabilidade daquela vida em prospecção.

Traz a lume a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54-8/DF), que tratou de abortamento de feto anencefálico, tendo aquele Sodalício se pronunciado desfavorável ao pedido.

Aduz que "o Direito Brasileiro concede uma ampla proteção ao indivíduo" e que "a Constituição Federal reservou um Título inteiro para a abordagem dos direitos e garantias fundamentais, utilizando doze longos artigos para tratar do tema".

Salienta que "desde a concepção o nascituro já existe (...), possuindo a expectativa de adquirir direitos...".

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 139

Discorre acerca das conseqüências jurídicas do nascimento com vida, dentre elas a aquisição de personalidade.

Registra que, "conforme se verifica do relatório médico de f. 28, 'o feto poderá ter morte intra-uterina ou sobrevida após o nascimento de horas ou minutos".

Argumenta que

> a par da presumida impossibilidade de sobrevida, resta confirmada a possibilidade de nascimento com vida, o que atrai imediatamente as diversas conseqüências jurídicas...

Ressalta que a questão dos autos se coloca entre dois pólos:

> ... de um lado, o direito à vida a todos assegurado após a concepção, tal como tradicional e cientificamente aceito; e, de outro, o direito à dignidade, expressamente consagrado na Constituição e que busca pôr a vida humana a salvo de todo tipo de dor e injustiça. Não basta viver, é necessário viver com dignidade. Direitos que naturalmente se completam, agora se conflitam, reclamando conciliação por parte do intérprete e operador do Direito...

Conclui afirmando que "deve prevalecer o direito do feto com anomalias de viver, ainda que somente de forma intra-uterina ou por alguns instantes após o parto" e que "a vida deve sempre prevalecer, porquanto sem vida não há falar-se em sociedade, ou mesmo em Direito de espécie alguma".

Reafirma que

> é de suma importância o reconhecimento de que a pretensão esposada pelos apelados não se enquadra nas hipóteses legais em que se admite a interrupção da gravidez.

Em suas contra-razões, às f. 73/79, os apelados refutam os argumentos expendidos na apelação, pleiteando pela manutenção da r. sentença na sua integralidade.

Conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Pleiteia a autora autorização judicial para a interrupção de gravidez, tendo em vista os resultados dos exames de ultra-sonografia de f. 13 e 16, que revelam inúmeras anomalias na formação do feto, cujas conclusões supedanearam o relatório de f. 28, elaborado pela médica ginecologista que acompanha a gravidez da autora, do qual se extrai que "... segundo as malformações relatadas ao ultrasom, o feto poderá ter morte intra-uterina ou sobrevida após o nascimento de horas ou minutos".

No depoimento de f. 40/41, de maneira mais detalhada, explicita a ilustrada facultativa as condições e as anomalias constatadas, afirmando que, além das inúmeras e graves deformidades observadas,

> a condição respiratória da criança após o nascimento seria mínima, pois seus pulmões não se desenvolveriam, permaneceriam bem atrofiados, não conseguindo oxigenar o organismo, sendo esta uma função vital.

De fato, ressai do relatório de f. 16, efetuado com fulcro no exame de ultra-som, a existência de "abertura da parede abdominal, com saída do fígado e estômago", "redução da circunferência toráxica", "a coluna vertebral apresenta sinais de abertura em sua porção distal", tendo sido identificado apenas um membro inferior, com sinais de pé torto congênito.

Registra o referido exame que "o quadro ultra-sonográfico fala a favor de síndrome genética", havendo "sinais compatíveis com Síndrome de Regressão Caudal de mau prognóstico", apontando ainda a presença de meningocele, sendo esta uma grave anomalia da coluna vertebral.

Ressalta a médica no depoimento de f. 40 que "o estômago está fora da cavidade abdominal, e também não existe possibilidade de se fechar porque a lesão é extensa".

Acrescenta à f. 41 que,

> apesar do laudo afirmar que o mesmo poderá sobreviver algumas horas ou minutos após o

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 140

> nascimento, a depoente pode afirmar com certeza que não existe possibilidade de sobrevivência, pois ainda que o mesmo estivesse entubado para respirar mecanicamente por algumas horas, não poderia ser submetido a uma anestesia geral necessária a uma cirurgia desse porte.

Como se vê, são profundas e extensas as más-formações registradas pelo exame de ultra-sonografia e confirmadas pela médica ginecologista, tendo esta afirmado a inviabilidade da vida após o nascimento, mesmo que a gestação consiga atingir o período completo, havendo a possibilidade de morte ainda na fase uterina.

Pois bem.

Como cediço, a lei brasileira prevê duas hipóteses em que se permite a interrupção da gravidez. A primeira está descrita no art. 128, I, do Código Penal e diz respeito à possibilidade de não haver outro meio de salvar a vida da genitora. Já a segunda hipótese é insculpida no inciso seguinte do mesmo artigo e se refere ao caso de a gravidez ter sido conseqüência de um estupro, sem que haja o consentimento da gestante, ou, se esta for incapaz, de seu representante legal.

Observe-se que num caso a lei se preocupa estritamente com o direito à vida da gestante, enquanto noutro caso a lei se atém especificamente ao aspecto de ordem moral.

Existe ainda um outro tipo de aborto, como no caso dos autos, sobre o qual a legislação brasileira é silente. Trata-se do aborto eugenésico ou eugênico. Essa espécie de aborto ocorre quando há iminente perigo para o feto, em virtude de robusta predisposição hereditária, seja por doenças maternas ou por qualquer outro fator externo que resultem para o nascituro enfermidades de ordem psíquica ou corporal gravíssimas.

Observa-se que as duas situações, da gravidez resultante de estupro e da gestação de um feto sem possibilidades de sobrevida fora do útero, no que tange ao período gestacional, produzem semelhante aflição psicológica na mulher.

A primeira, porque os nove meses de gestação representam uma suprema exigência e sofrimento da mãe, que a cada instante estará revendo as cenas traumáticas que produziram essa gravidez. A segunda, porque a cada dia estará vendo o desenvolvimento de um ser para o qual a medicina afirma a total impossibilidade de vida extra-uterina.

Não há distinção possível no âmbito destas duas situações do ponto de vista dos valores jurídicos a serem preservados. Trata-se de situações de grande aflição, como no caso, devendo merecer idêntico tratamento do direito. Se não se pode fazê-lo à míngua de previsão legal específica, cumpre reconhecer, na hipótese, uma situação de causa supralegal de exclusão da ilicitude.

É que o direito, em casos de tal jaez, não pode ficar adstrito a uma interpretação estreitamente positivista, mas deve transcender a norma para buscar seu sentido, esclarecendo a fundamentação pela qual uma determinada conduta pode ser permitida perante o sistema de controle social.

Analisando a situação dos autos, verifica-se claramente que estamos diante de uma situação em que a evolução da ciência médica permite um diagnóstico preciso e seguro a respeito da inviabilidade da sobrevida.

Por outro lado, o estágio de evolução da sociedade permite equiparar a inquietação derivada desta gestação àquela sofrida pela gestante estuprada. Assim, transparece estreme de dúvidas a necessidade de reconhecimento da causa supralegal de exclusão da antijuridicidade.

Do ponto de vista médico, convém referir, ainda que estejamos vivendo um momento de consideráveis avanços tecnológicos, tendo a medicina diagnóstica e a técnica médica alcançado patamares exponencialmente mais importantes do que há poucas décadas, é certo que ainda não chegamos à possibilidade de reversão de determinados quadros clínicos.

Lado outro, não se pode olvidar que, em todo o mundo, a questão pertinente ao trata-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 141

mento jurídico dispensado à interrupção da gravidez desperta polêmicas intensas e até passionais, colocando em campos opostos os defensores do direito de escolha da mulher e os que se batem pelo direito à vida do nascituro. As divergências chegam a tal ponto que não se circunscrevem aos argumentos jurídicos, morais ou de saúde pública, adentrando no campo das convicções religiosas.

No nosso ordenamento não é diferente. Dentre nós, a matéria está presente e regulada no vetusto Código Penal, editado nos idos de 1940, quando optou pela criminalização do aborto, tal qual inserido nos seus arts. 124 a 128, como bem salienta Daniel Sarmento em sua obra *Legalização do aborto e Constituição* (Lumen Juris Editora).

A rigidez até então adotada na criminalização do aborto tem levado, todos os anos, milhares e milhares de mulheres em todo o Brasil, sobretudo as mais desprovidas de recursos e conhecimentos, a se submeterem a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene, constatando-se que as seqüelas decorrentes destas condutas representam hoje a quinta maior causa de mortalidade materna no País, ceifando cotidianamente vidas de jovens mulheres, que poderiam e deveriam ser poupadas.

Não necessita ser um *expert* para descobrir o perfil dessas vítimas: são quase invariavelmente mulheres pobres e freqüentemente negras.

O quadro que se desenha diante dos olhos é profundamente desalentador, mas ao mesmo tempo é também muito claro: a proibição do aborto não salva vida de fetos, mas mata muitas mulheres e impõe graves seqüelas a outras tantas.

Impende ressaltar que, nos países onde a interrupção voluntária da gravidez foi legalizada, não se constatou aumento do número de abortos, não se podendo dizer que entre nós seria diferente.

Já se disse que quase nenhuma mulher deixa de praticar o aborto voluntário em razão da proibição legal. Nem por isso o número de condenações criminais deixa de ser desprezível, pois, se assim não fosse, seria necessário transformar todo o País numa imensa prisão, para comportar as milhares de brasileiras que já praticaram abortos fora das hipóteses legalmente permitidas.

Como conclui o já referenciado mestre Daniel Sarmento, na mesma obra citada:

> ... do ponto de vista prático, a criminalização do aborto tem produzido como principal conseqüência, ao longo dos anos, a exposição da saúde e da vida das mulheres brasileiras em idade fértil, sobretudo as mais pobres, a riscos gravíssimos, que poderiam ser perfeitamente evitados através da adoção depolítica pública mais racional. Portanto, a legislação em vigor não 'salva' a vida potencial de fetos e embriões, mas antes retira a vida e compromete a saúde de muitas mulheres.

Não se pode negar e muito menos desconhecer que assistimos, desde o século passado, em todo o mundo, ao fenômeno da liberalização da legislação sobre aborto, decorrente dos novos valores sociais e dos direitos fundamentais das mulheres. Podemos constatar que legisladores e tribunais constitucionais, de inúmeros países, como França, Canadá, Inglaterra, Alemanha, Estados Unidos, Espanha, entre inúmeros outros, têm promovido significativas mudanças em suas legislações, legalizando a interrupção voluntária da gravidez, para tanto estabelecendo prazos, parâmetros e condições indicadas.

Assim, podemos afirmar, sem receio de erro, com fincas na doutrina e no ordenamento jurídico de outras nações que, nesse contexto, a legislação brasileira caracteriza-se hoje como das mais severas, rigorosas e anacrônicas de todo o mundo.

O processo de emancipação da mulher e o avanço na laicização dos Estados, o que se deu a partir da década de 60, dentre outros fa-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 142

tores, desencadearam uma tendência muito forte na liberalização da legislação sobre o aborto.

Aqui não comporta abordar detalhadamente o que se passou nos inúmeros países que modificaram suas legislações nestas últimas décadas. Entretanto, pode-se afirmar que isto ocorreu e as dinâmicas variaram de país para país.

Nos Estados Unidos, a questão do aborto não está diretamente regulada pela Constituição daquele país. Entretanto, a Suprema Corte daquela Nação do norte, em julgamento de grande repercussão, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática do aborto, a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. Daquela decisão, redigida pelo Juiz Harry Blackmun, é oportuno transcrever a seguinte parte:

> O direito de privacidade (...) é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. A restrição que o Estado imporia sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. Danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis até o início da gestação, podem estar envolvidos. A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz. O dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental pode ser penalizada pelo cuidado com o filho. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada e também o problema de trazer uma criança para uma família inapta, psicologicamente ou por qualquer outra razão, para criá-la. Em outros casos, como no presente, a dificuldade adicional e o estigma permanente da maternidade fora do casamento podem estar envolvidos (...).
>
> O Estado pode corretamente defender interesses importantes na salvaguarda da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção da vida potencial. Em algum ponto da gravidez, estes interesses tornam-se suficientemente fortes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão sobre o aborto (...).
>
> Nós assim concluímos que o direito de privacidade inclui a decisão sobre o aborto, mas que este direito não é incondicionado e deve ser sopesado em face daqueles importantes interesses estatais.

Naquele julgamento, a Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre o aborto.

O legislador francês permitiu a realização, por médico, da interrupção voluntária da gravidez, em qualquer época da gestação, quando haja risco à vida da gestante ou à saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de "doença particularmente grave, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico".

A lei italiana autorizou a realização do aborto, em qualquer tempo, quando a gravidez ou o parto representem grave risco de vida para a gestante, ou quando se verifiquem processos patológicos, dentre os quais relevantes anomalias fetais, que gerem grave perigo à saúde física ou psíquica da mulher.

A Corte Constitucional da Alemanha Ocidental, antes da unificação, proibia e criminalizava o aborto, em regra, mas contemplava diversas exceções ligadas não só ao risco à saúde e à vida da mãe, mas também a casos de patologias fetais, violação, incesto e razões sociais e econômicas.

Em Portugal, o aborto só é legal em casos específicos, de risco de vida ou saúde materna, má-formação ou doença incurável do feto e gravidez decorrente de violência sexual.

Pela legislação da Espanha, tem prevalecido um conceito muito amplo de risco à saúde psíquica da mulher, elastecendo com isso as possibilidades de aborto legal.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 143

Realçadas essas passagens pelo Direito Comparado, não se pode deixar de questionar se a interrupção voluntária da gravidez, que implica a eliminação da vida, recebe a proteção da nossa ordem constitucional.

Não se nega que a vida intra-uterina também é protegida pela Constituição, porém, com intensidade menor do que a vida de quem já nasceu.

Inconteste a idéia de que a proteção à vida do nascituro não é equivalente àquela proporcionada após o nascimento, como já está presente, com absoluta clareza, em nosso ordenamento pátrio.

Façamos uma comparação.

Vejamos, por exemplo, a pena prevista para a gestante pela prática do aborto - 1 a 3 anos de detenção (art. 124 do Código Penal).

O mesmo diploma legal (art. 121) prevê uma sanção de 6 a 20 anos de reclusão para o crime de homicídio simples.

Assim, penso que é possível concluir que a ordem constitucional brasileira protege a vida intra-uterina, porém com menos intensidade do que aquela assegurada à vida das pessoas nascidas, podendo ceder, diante de uma ponderação de interesses, frente aos direitos fundamentais da gestante.

Em que pese a tutela constitucional conferida à vida pré-natal, não é razoável impor à mulher o ônus de prosseguir numa gestação que pode lhe comprometer a saúde física e psíquica.

Devidamente comprovada a má-formação fetal, a doença incurável do feto, a não-possibilidade de vida extra-uterina e o risco de perda do útero da gestante e, por via de conseqüência, a sua incapacidade de procriar, deve ela, gestante, ter o direito de optar pela interrupção da gestação, no afã de salvaguardar sua própria higidez física e psíquica.

Todas as patologias acima referidas estão presentes na prova carreada aos presentes autos.

Aqui, cumpre salientar que a idéia de saúde, à qual se atrela o correspectivo direito fundamental, é bastante ampla e compreensiva, sendo oportuno invocar a definição adotada pela Organização Mundial de Saúde, segundo a qual "saúde é um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade".

Ao longo desta minha manifestação, tomei por empréstimo os ensinamentos do Professor Daniel Sarmento, na sua obra *Legalização do aborto e Constituição*. Não gostaria de concluir as minhas convicções sem antes transcrever parte das Conclusões Finais do valioso trabalho daquele insigne mestre, quando ele assim encerra sua judiciosa obra:

> É certo que a interrupção voluntária da gravidez não deve ser tratada como método anticoncepcional. Ela é providência muito mais grave, não só porque impede o nascimento de uma pessoa, como também por constituir, no geral, motivo de profunda tristeza para as mulheres que o praticam.
> De qualquer forma, uma constatação parece inafastável: um sistema tão repressivo como o nosso dá lugar a um número enorme de abortos clandestinos, que põem em risco a vida e a saúde da mulher, sem proteger, na prática, o interesse contraposto na manutenção da vida pré-natal. Assim, não só a Constituição, mas também a moral e a racionalidade nos indicam que é preciso reformar a lei, tornando-a mais compatível com o ideário de um Estado laico e pluralista, que, sem negligenciar da vida dos nascituros, leve também a sério os direitos das mulheres, porque, afinal de contas, são eles também direitos humanos. E é preciso fazê-lo logo, para evitar mais mortes e traumas desnecessários.

Todo o contexto probante contido nestes autos coloca a salvo e pacifica a minha consciência, fortalecendo a minha convicção para acolher a súplica do casal colocada na peça madrugadora, como o fez a ilustrada Magistrada primeva.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 144

O lamentável estado em que se encontra o feto em formação, conforme detalhadamente diagnosticado pela profissional da medicina que assiste a gestante, não nos permite outra conclusão, nem retardar a medida postulada.

Por mais doído que possa ser, diante da impossibilidade da vida extra-uterina do nascituro e da possibilidade de a gestante, aos 18 anos de idade, correr o risco de perder o útero e ficar impossibilitada de realizar, num futuro próximo, o grande sonho de ser mãe, com os olhos voltados para a prestação jurisdicional buscada com a urgência que o caso requer, com o abalizado aval da douta Procuradoria-Geral de Justiça e com fincas nas razões aqui expendidas, nego provimento ao recurso, confirmando em todos os seus termos a bem-lançada sentença de primeiro grau, concedendo e determinando que se expeça a autorização perquerida.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Pedro Bernardes e José Antônio Braga.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - TELEFONE CELULAR - DEFEITO - FASE DE GARANTIA - FABRICANTE E VENDEDOR - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - ARTS. 13 E 18 DO CDC - DECISÃO *ULTRA PETITA* - DECOTE DO EXCESSO - NULIDADE AFASTADA - VALOR DA INDENIZAÇÃO - ARBITRAMENTO - CRITÉRIO

Ementa: Apelação. Ação de indenização. Dano moral. Aquisição de aparelho celular. Defeito apresentado em fase de garantia. Responsabilidade solidária do fabricante e vendedor. Arts. 13 e 18 do CDC. Sentença *ultra petita*. Decote do excesso. Nulidade afastada. Valor da indenização. Critério de arbitramento. Sentença parcialmente reformada.

- A sentença *ultra petita*, diversamente da *extra petita*, não é nula, cabendo apenas ao julgador, ao verificar a sua ocorrência, decotar o excesso, reduzindo-se a decisão aos limites do pedido.

- Conforme preceitua o art. 18 do CDC, o comerciante responde solidariamente com o fabricante perante o consumidor pelos defeitos dos produtos colocados em circulação, mormente se restar comprovado que ele não diligenciou a contento no sentido de substituir e reparar o bem que se apresentou impróprio para o consumo.

- O instituto da responsabilidade civil é composto por três elementos inseparáveis: ato ilícito, dano e nexo de causalidade, impondo-se o dever de indenizar se presentes todos esses elementos, mormente em inexistindo prova de concorrência do autor para a ocorrência do evento danoso.

- Na fixação do dano moral, deverá o magistrado valer-se da prudência para não aviltar a reparação ou enriquecer o beneficiário.

- O montante pleiteado a título de danos morais não constitui critério para a fixação da sucumbência de cada parte, uma vez que se trata de parcela cujo arbítrio fica a critério do julgador.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0701.04.091717-4/001 - Comarca de Uberaba - Apelantes: Werlaine Cristina Félix Moura, CTBC Celular S.A., Motorola Industrial Ltda. - Apeladas: As mesmas - Relator: Des. ANTÔNIO DE PÁDUA

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 145

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 REJEITAR PRELIMINARES. NEGAR PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO E DAR PARCIAL PROVIMENTO À PRIMEIRA E À TERCEIRA APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 6 de fevereiro de 2007. - *Antônio de Pádua* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio de Pádua - Trata-se de ação de indenização por perdas e danos morais, cumulada com rescisão contratual e restituição de valor movida por Werlaine Cristina Félix Moura contra CTBC Celular S.A., Motorola Industrial Ltda., Cellfix Rio Preto Telecomunicações e Comércio de Peças Ltda. e Digital Comércio Assistência Ltda., perante o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, objetivando a condenação das rés ao pagamento em dobro do valor pago pelo telefone celular Motorola C353, bem como o valor (também em dobro) das ligações feitas para consecução de assistência técnica pelos inúmeros defeitos pela referido aparelho; cancelamento da linha e devolução em dobro dos valores pagos pelo aparelho, que, na verdade, não teria funcionado; indenização por danos morais na ordem de R$ 30.000,00, tudo com juros e correção monetária, custas processuais e verba honorária fixada em 20% sobre o valor corrigido da causa.

Citadas, todas as rés argüiram, a título de preliminar, a sua ilegitimidade passiva para figurarem no pólo passivo da relação formal e, quanto ao mérito, postularam a improcedência dos pedidos iniciais, com redução do valor pleiteado a título de dano moral.

Após os trâmites regulares do processo, sobreveio a r. sentença de f. 322/329, afastando da lide as co-rés Cellfix Rio Preto Telecomunicações e Comércio de Peças Ltda. e Digital Comércio e Assistência Técnica Ltda., por considerá-las partes ilegítimas passivas *ad causam*, de vez que são apenas empresas prestadoras de serviços de assistência técnica, não podendo, por conseqüência, ser responsabilizadas por defeito originário do aparelho, para o qual não concorreram.

Relativamente às co-rés CTBC Celular S.A. e Motorola Industrial Ltda., a sentença acolheu, em parte, o pedido inicial, para condená-las ao pagamento de uma indenização na ordem de R$ 2.000,00 para a autora, a título de dano moral, e R$10.000,00 para a Creche Comunitária Dona Marta Carneiro, situada na Rua Alves Silva, nº 71, em Uberaba/MG, valores acrescidos de correção monetária, juros de mora de 1% ao mês a partir da data da sentença.

A sentença condenou ainda as mencionadas rés, solidariamente, à devolução do valor relativo à aquisição do aparelho defeituoso, com juros moratórios de 1% ao mês, contados do dia em que, pela primeira vez, o aparelho foi levado à oficina para reparo.

O *decisum* declarou também nulo o contrato firmado com a CTBC, afastada a ocorrência de qualquer débito dele advindo, impondo, por fim, às requeridas o pagamento das custas processuais e da verba honorária fixada em R$ 1.500,00, acrescidos de juros moratórios e correção monetária na forma legal.

Houve interposição de embargos declaratórios por parte da co-ré Motorola Industrial Ltda. (f. 338/339), que foram rejeitados pela decisão de f. 340.

Inconformadas, apelam a autora e as rés.

A primeira apelante, ao desenvolver as razões de f. 342/345, argúi a preliminar de nulidade da sentença, por haver decidido de forma diversa da pedida, uma vez que postulou a indenização para si, na ordem de R$30.000,00, e

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 146

o MM. Juiz somente lhe concedeu a quantia de R$2.000,00, doando R$10.000,00 da condenação a uma creche que, em momento algum, participou do feito, em qualquer de seus pólos.

Postula a reforma da sentença, para que o pedido seja julgado totalmente procedente, com a conseqüente condenação das rés ao valor indenizatório pleiteado na exordial, bem como para que a devolução do aparelho celular defeituoso lhe seja feito pelo valor dobrado.

A segunda apelante, CTBC Celular S.A., desenvolve as razões recursais de f. 347/360, em que, primeiro, reedita a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que, a teor dos arts. 12 e 13 do CDC, a responsabilidade por defeitos de fabricação é do fabricante e que ela, recorrente, na qualidade de comerciante do produto, seria responsável quando ocorrentes quaisquer das hipóteses previstas nos incisos I, II e III do art. 13 do mencionado diploma legal.

Assim, pondera a segunda apelante, tendo sido apenas a vendedora do aparelho, que a eventual ocorrência de defeitos por ele apresentados é de responsabilidade do fabricante, motivo pelo qual somente a Motorola, fabricante, pode ser considerada parte legítima para figurar no pólo passivo da relação formal.

Quanto ao mérito, insurge-se a segunda apelante, com a declaração de inexistência de débito, argumentando para tanto que a linha, mesmo com os defeitos apresentados, foi utilizada pela autora (primeira apelante), conforme se evidencia dos documentos pertinentes acostados aos autos.

Dirige também o seu inconformismo contra a determinação de que ela e a co-ré Motorola devolvam à autora o valor correspondente à aquisição do telefone.

Combate, igualmente, o segundo apelante o dano moral, tanto em sua substância quanto em sua extensão, pleiteando a improcedência do pedido, ou, pelo menos, a sua redução, ao argumento de que o valor arbitrado é exagerado e incondizente com o suposto dano sofrido pela autora.

Sem observância da ordem processual adequada, postula na parte final do seu recurso a nulidade da sentença, por violação ao art. 460 do CPC, tachando-a de *extra petita*, uma vez que o Julgador dividiu a indenização em duas partes, destinando a maior, na ordem de R$10.000,00, à creche Comunitária Dona Marta Carneiro, que em momento algum foi parte no processo, restando, desse modo, induvidoso que o MM. Juiz não compôs a lide nos termos em que foi colocada em juízo.

Argumenta, mais, que não sendo considerada a sentença como *extra petita*, deverá sê-lo forçosamente como *ultra petita*, impondo-se em decorrência que se anule a sentença ou que dela se retire a parte concernente à condenação posta em favor da mencionada creche.

Postula a segunda apelante o acolhimento, em sede de preliminar, de sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ou a nulidade da sentença por infringência ao art. 460 do CPC. E, quanto ao mérito, que seja julgado improcedente o pedido inicial, ou que, pelo menos, seja reduzida a verba indenizatória, com a isenção das custas processuais.

A terceira apelante, Motorola Industrial Ltda., por sua vez, argúi, a título de preliminar, a nulidade da sentença, ao argumento de que houve ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC, uma vez que o MM. Juiz de primeiro grau teria, ao que afirma, decidido de modo diverso do que foi pleiteado, ao conceder à creche Comunitária Dona Marta Carneiro indenização na ordem de R$10.000,00, sem jamais ter a beneficiária participado da relação processual em qualquer de seus pólos.

No tocante ao crédito, argumenta a terceira apelante inexistir, no presente caso, ato ilícito a justificar a sua condenação a indenizar dano moral, por não ter a autora sofrido qualquer abalo intrínseco, não tendo havido descrição de nenhuma situação vexatória por que ela teria passado.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 147

Argumenta, mais, a terceira apelante que, mesmo na hipótese de se reconhecer a existência de dano na espécie dos autos, o valor arbitrado mostra-se elevado em relação à autora e inteiramente desarrazoado em relação à mencionada creche, figura estranha aos autos.

Os recursos foram respondidos.

O preparo realizado pela segunda apelante (CTBC) se acha comprovado à f. 361, enquanto que o apresentado pela segunda apelante (Motorola) se acha comprovado à f. 375.

A primeira apelante acha-se sob o pálio da gratuidade judiciária, dispensada, portanto, do preparo.

Conheço de todos os recursos, presentes suas condições de admissibilidade.

Preliminar: ilegitimidade passiva *ad causam*, argüida pela segunda apelante.

Invocando o art. 13 do CDC, pretende a segunda apelante, na qualidade de comerciante, ver-se excluída da lide e, portanto, afastada a sua responsabilidade indenizatória, ao argumento primacial de que a responsabilidade exclusiva, *in casu*, é da fabricante do produto, no caso, a terceira apelante, Motorola Industrial Ltda.

Passando, assim, ao exame da preliminar em referência, ensina José Frederico Marques:

> A legitimação para agir (*legitimatio ad causam*) diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação. É a pertinência subjetiva da ação, como diz Buzaid.
> A ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalente na pretensão, e contra aquele cujo interesse se exige que fique subordinado ao do autor. Desde que falte um desses requisitos, há carência de ação por ausência de *legitimatio ad causam*.
> Só os titulares do direito em conflito têm o direito de obter uma decisão sobre a pretensão levada a juízo através da ação. São eles, portanto, os únicos legitimados a conseguir os efeitos jurídicos decorrentes do direito de ação (*Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense,1966, v. 2, p. 41).

Não destoa a lição de Moacyr Amaral Santos:

> A terceira condição do direito de ação é a qualidade para agir, legitimidade ou legitimação para agir (*legitimatio ad causam*).
> O autor deve ter título em relação ao interesse que pretende seja tutelado.
> Por outras palavras, o autor deverá ser titular do interesse que se contém na sua pretensão com relação ao réu. Assim, à legitimação para agir em relação ao réu deve corresponder a legitimação para contradizer deste em relação àquele. Ali, legitimação ativa; aqui, legitimação passiva (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1, p. 146).

Nunca é demais citar os magistrais ensinamentos de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 483-489):

> O art. 267, VI, de modo nenhum desce ao direito material, que é assunto do art. 269. Quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor, examinou se havia direito, pretensão e ação (de direito material), e de modo nenhum, se trata, aí, de 'qualquer das condições da ação, como possibilidade jurídica, a legitimidade (processual) das partes e o interesse processual' (art. 267, IV). Todos os comentadores que não atendem à diferença entre ação (de direito material) e 'ação' (de direito processual) incidem em grave erro, que aliás se propagou no Brasil.

Prossegue:

> A chamada legitimidade das partes concerne à 'ação' (de direito processual): pode ser autor, ou pode ser réu, ou pode intervir no processo. A erronia dos que vêm no art. 267, VI, legitimidade de titular do direito, da pretensão e da ação, confundem, imperdoavelmente, legitimidade de direito material (figurantes da relação jurídica de direito material) e legitimidade de direito processual (partes no processo).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 148

Conclui:

> A legitimação processual é legitimação a ser parte nas ações - ser autor ou ser réu, ou quem a algum deles se equipare ou se ligue. Pode alguém ser legitimado processual a ser julgado sem legitimação de direito material. Aquela é sempre de direito público; essa, nem sempre, e poucas vezes. Quem propõe a ação há de ser processualmente legitimado a fazê-lo, posto que para isso tenha de alegar ter direito próprio, no sentido do direito material. A legitimação a agir tanto é de quem pode propor a ação como de quem pode contradizer. É inconfundível com a *legitimatio ad processum* a *legitimatio ad causum*. No que foi posto no pedido, o juiz julga o mérito; no que apenas diz respeito à legitimação a agir e contradizer, o juiz julga sem julgar o mérito: fica no plano do direito processual.

Diversamente do que sustenta a segunda apelante, tem ela legitimidade para figurar no pólo passivo da relação formal inerente à ação ressarcitória em tela, pois foi ela que vendeu o aparelho celular modelo C355-V, que restou comprovadamente defeituoso, sendo certo que, consoante farta documentação acostada aos autos, a autora, ora primeira apelante, tentou por todos os meios solucionar o problema, não logrando êxito, quer junto à fabricante, quer junto à comerciante e também às empresas de assistência técnica, até que se viu na contingência de aforar a ação em tela.

A verdade é que tanto antes quanto depois do ajuizamento da ação em foco, não se vêem nos autos gestos efetivos da segunda e terceira apelantes no sentido de dar uma solução definitiva à questão, o que se me afigura de extrema singeleza, pois tanto uma como a outra empresa poderiam perfeitamente ter substituído o aparelho adquirido pela autora, ainda que em modelo diverso, providência que não tomaram, preferindo a via do contencioso.

O art. 13 do CDC não pode ser analisado isoladamente, como pretende a segunda apelante, para ver-se excluída da lide, mas em harmonia com outros dispositivos do mesmo código, no caso o art. 18, que estabelece:

> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua naturezas, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Comentando tal dispositivo, ensina Zelmo Denari:

> Preambularmente, importa esclarecer que no pólo passivo desta relação de responsabilidade se encontram todas as espécies de fornecedores, coobrigados e solidariamente responsáveis pelo ressarcimento dos vícios de qualidade e quantidade eventualmente apurados no fornecimento de bens ou serviços.
>
> Assim, o consumidor poderá, à sua escolha, exercitar sua pretensão contra todos os fornecedores ou contra alguns, se não quiser dirigi-la apenas contra um.
>
> Prevalecem, *in casu*, as regras da solidariedade passiva, e, por isso, a escolha não induz concentração do débito: se o escolhido não ressarcir integralmente os danos, o consumidor poderá voltar-se contra os demais, conjunta ou isoladamente. Por um critério de comodidade e conveniência, o consumidor, certamente, dirigirá sua pretensão contra o fornecedor imediato, quer se trate de industrial, produtor, comerciante ou simples prestador de serviços.
>
> Se o comerciante, em primeira intenção, responder pelos vícios de qualidade ou quantidade - nos termos previstos no §1º do art. 18 -, poderá exercitar seus direitos regressivos contra o fabricante, produtor ou importador, no âmbito da relação interna que se instaura após o pagamento, com vistas à recomposição do *status quo ante* (GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 99-100).

Tenho, portanto, como irretocável a decisão censurada no que se refere ao afastamento da preliminar invocada pela segunda

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 149

apelante em sua peça de resistência e, agora, revigorada no recurso sob exame.

Rejeito a preliminar.

Preliminar: nulidade da sentença por infringência aos arts. 128 e 460 do CPC, levantadas pela primeira e pela segunda apelantes.

Dizem a primeira apelante (autora) e a terceira (Motorola) que a sentença objurgada deve ser declarada nula, por haver afrontado diretamente os arts. 128 e 460 do CPC, segundo os quais:

"O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte" (art. 128) e "É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado" (art. 460 do mesmo *codex*).

O inconformismo de ambas as recorrentes, nesse aspecto, se traduz nas assertivas de que a sentença, ao julgar parcialmente o pedido inicial e fixar a indenização em R$12.000,00, dividindo-a em duas parcelas, uma de R$ 2.000,00 em favor da autora e outra de R$10.000,00 em favor da Creche Comunitária Dona Marta Carneiro, decidiu diversamente do que foi postulado, haja vista que a mencionada creche não é parte no feito; daí o absurdo da sentença, ao beneficiá-la com tal indenização.

Realmente, não há como compreender, por mais que se esforce, a extensão da condenação indenizatória à creche, muito embora não se questione, aqui, a idoneidade da instituição, que deve necessitar e merecer o benefício, o qual, todavia, não lhe pode ser conferido nos moldes em que ocorreu.

De fato, não tendo ela participado do pólo ativo da relação processual, a sentença jamais poderia tê-la alcançado.

Entretanto, a hipótese não é da nulidade da sentença, mas de supressão da condenação, porque, na verdade, não configura decisão diversa da pedida, já que o pleito é, em essência, de natureza ressarcitória, e assim foi decidido, só que alcançando indevidamente a aludida creche.

Trata-se, assim, de sentença *ultra petita*, cujo excesso deve ser decotado.

Rejeito as preliminares conjuntamente argüidas pela primeira e terceira apelantes.

Mérito.

Examino, em primeiro plano, as apelações interpostas pelas segunda e terceira apelantes, por conterem questão prejudicial, já que postulam a improcedência do pedido ressarcitório.

Conforme já decidido em sede de preliminar, a sentença restou confirmada em relação à responsabilidade solidária de ambas as apelantes, por força do disposto nos arts. 13 e 18 do CDC.

Esclarecido esse aspecto, é de se dizer que não lhes assiste razão quando postulam a reforma do *decisum* para que se declare a improcedência do pleito indenizatório.

Com efeito, conforme vêm reiteradamente decidindo os tribunais pátrios, a negativa do fabricante ou da vendedora de substituir aparelho de telefonia celular defeituoso e irrecuperável, levando o consumidor a recorrer ao Procon e depois ao Judiciário, para obtenção da substituição do produto, acarreta aborrecimentos, incertezas e abalos emocionais, que afetam direito material do consumidor, provocando-lhe dano moral indenizável.

Os elementos de convicção presentes nos autos não deixam dúvida de que, *in casu*, acham-se presentes todos os requisitos configuratórios do ato ilícito, o qual se perfaz efetivamente com o fato lesivo causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, bem como o nexo etiológico entre a ação e a omissão do agente provocador e o dano sofrido pela vítima, formando, dessarte, a trilogia estrutural exigida pelo instituto da responsabilidade civil, assim entendida como a prática do ilícito, o dano e o nexo causal entre ambos.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 150

No presente caso, restou imune de controvérsia que o aparelho celular descrito na peça de ingresso foi produzido pela terceira apelante e comercializado pela segunda, assim como, apresentando-se defeituoso, não foi consertado ou substituído pelas rés, ou por suas contratadas que operam na área de assistência técnica, apesar da luta traçada pela autora, retratada de forma fiel pelos inúmeros *e-mails* acostados à inicial.

Correta, por isso, a sentença ao determinar a devolução do valor despendido para compra do aparelho e a condenação das rés solidariamente ao pagamento de uma verba indenizatória a título de dano moral.

Entendo, todavia, que a sentença, ao ampliar a condenação, estendendo-a à Creche Comunitária Dona Marta Carneiro, situada no Município de Uberaba, ultrapassou os limites da postulação, beneficiando quem não participou da relação formal, impondo-se, assim, que se decote da sentença a parte relativa à doação conferida à aludida creche.

Embora o douto Magistrado de primeiro grau não tenha explicitado sua decisão, dá-se a entender que ele determinou a quantia de R$10.000,00 para a creche, consubstanciado no art. 883, parágrafo único, do vigente Código Civil, segundo os quais:

> Art. 883 - Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei.
> Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

Todavia, laborou em equívoco o douto Magistrado, porquanto tais dispositivos estão insertos no Capítulo III do CC, que trata do pagamento indevido, dispondo o art. 876 que "todo aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição".

No caso *sub judice*, não se discute qualquer tipo de pagamento indevido, muito menos oferta de coisa para obter fins ilícitos, mas dano moral puro e simples, pelo fato do produto, tal como disciplinado no Codecon.

O art. 883 objetiva refrear o ânimo de quem por acaso pretenda oferecer algo a outrem para ser alcançado objetivo ilícito, imoral ou proibido por lei, vedando o ordenamento jurídico a repetição do que foi dado nessas condições. Isso vale tanto para os casos em que o *accipiens* cumpre o que lhe foi cometido como nas hipóteses em que simplesmente embolsa a prestação e nada faz daquilo que era pretendido pela parte adversa. Tampouco importa circunstância de o *accipiens* ignorar o caráter ilícito, imoral ou proibido do ato que lhe foi reclamado; mesmo no caso de conluio entre os envolvidos, ficará obstada a repetição em favor do que pagou, pois o objetivo do legislador é vetar atividades desse jaez e reprimir iniciativas que a elas visem.

Para o deslinde da questão, é despiciendo o comportamento daquele que recebe o dinheiro ou a coisa em pagamento; é relevante, isso sim, a circunstância de que o desiderato visado pelo *solvens* contraria as normas legais ou os princípios básicos da moralidade, sendo, portanto, judiricamente inaceitável. Nisso é que reside o elemento fundamental da vedação prevista no artigo em estudo (*in* MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. LTR, 2003).

Somente em casos dessa natureza é que o parágrafo único do citado artigo autoriza ao juiz doar o valor a uma instituição de beneficência, para que nenhum daquele que agiu contrariamente à lei embolse o valor que deveria ser repetido.

> Sopesada a ilegalidade, imoralidade ou proibição que marca o fim almejado pelo pagador, e independentemente de a parte adversa conhecer essa situação, determina o ordenamento jurídico que o conteúdo da prestação seja revertido em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz... (obra citada).

Assim, a r. sentença deve ser reformada quanto a esse aspecto.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 151

Passando à análise da primeira apelação, interposta pela autora, tenho que ela deve cingir-se ao seu pedido de ampliação da verba indenizatória, fixada em R$2.000,00, uma vez que a preliminar de nulidade da sentença por ela erigida, quanto à extensão da condenação beneficiando a creche, já que foi examinada em conjunto com a preliminar levantada pela terceira apelante, questão que já restou dirimida com o afastamento da argüição de nulidade, mas com sua apreciação no mérito.

Quanto à pretensão da primeira apelante de ampliação do valor indenizatório, tenho que lhe assiste parcial razão, pois, se de um lado, os R$ 30.000,00 pretendidos por ela se afiguram exagerados, de outro, os R$ 2.000,00 arbitrados na sentença se evidenciam ínfimos e em descompasso com as decisões desta Câmara.

Um aparelho celular de boa qualidade hoje em dia custa em torno de R$1.500,00. E, considerando ainda a *via crucis* percorrida pela primeira apelante para restaurar o seu direito, atingido de forma inescrupulosa pela 2ª e pela 3ª apelantes, entendo que o dano moral deva ser fixado em R$5.000,00, considerando-se para sua fixação, ante seu caráter subjetivo e consolador, a prudência que deve nortear o magistrado, para não aviltar a reparação ou enriquecer o beneficiário, levando-se em conta, ainda, a situação econômica dos envolvidos.

Nesse sentido, o julgado do extinto TAMG, do qual foi Relator o hoje Des. Domingos Coelho na Apelação Cível nº 350.561-9, publicado no *DJ* de 4.4.2002:

> Indenização - Dano moral - Critério de fixação - Dano material - Prova - Litisconsórcio - Recurso - Prazo.
> (...)
> - A fixação do *quantum* devido a título de danos morais, à falta de critério objetivo, há de ser prudente critério que ofereça compensação pela dor sofrida, sem que se torne causa de indevido enriquecimento por parte do ofendido.

Ainda nesse sentido:

> Ementa: Indenização - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Inépcia da inicial não caracterizada - Dano moral - Pessoa jurídica - Possibilidade - Protesto indevido de título já quitado - Redução do *quantum* indenizatório.
> (...)
> - Para fixação dos danos morais, devem-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento, devendo-se ainda considerar o caráter repressivo e pedagógico da reparação, além de se propiciar à vítima uma satisfação, sem caracterizar enriquecimento ilícito (TAMG - 3ª Câmara Cível - Apelação Cível 331.563-1, Relatora Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto, data de julgamento: 28.3.2001).

À vista do exposto, nego provimento à segunda apelação; dou parcial provimento à primeira apelação para ampliar a verba indenizatória a título de dano moral, de R$ 2.000,00 para R$5.000,00, e dou provimento à terceira apelação para excluir da condenação a verba indenizatória estendida à Creche Comunitária Dona Marta Carneiro, mantendo quanto ao mais a r sentença.

Custas recursais, pela segunda apelante.

O Sr. Des. José Antônio Braga - Acompanho o voto do em. Des. Relator, pois o caso em análise não se enquadra na previsão do art. 883, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

A deliberação do Juiz singular, fixando quantia a título de danos morais e destinando parcela da condenação à entidade sócia, no caso em apreço, não encontra respaldo no ordenamento jurídico.

O Sr. Des. Generoso Filho - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES. NEGARAM PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À PRIMEIRA E À TERCEIRA APELAÇÕES.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 152

EMBARGOS DO DEVEDOR - *FACTORING* - DIREITO DE REGRESSO - INAPLICABILIDADE - NOTA PROMISSÓRIA - GARANTIA - REQUISITOS DE EXIGIBILIDADE - AUSÊNCIA - NULIDADE DA EXECUÇÃO

Ementa: Embargos à execução. Contrato de *factoring*. Direito de regresso. Inaplicabilidade . Nota promissória. Emissão em garantia. Título inexigível. Nulidade da execução.

- Nos contratos de fomento mercantil, o facturizado cede seus créditos ao factor, que assume os riscos de seu recebimento, não sendo cabível o direito de regresso. Não tem força executiva a nota promissória emitida com o intuito de garantir operação de *factoring*, atividade cujo risco, pela natureza jurídica, é do faturizador. Não preenchendo o título os requisitos de exigibilidade, torna-se nula a execução por ele instruída, nos termos do art. 618, I, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL n° 1.0145.03.095768-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: Argos Confecções Ltda. e outros - Apelada: Athenas S.A. Fomento Mercantil - Relatora: Des.ª EULINA DO CARMO ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2007. - *Eulina do Carmo Almeida* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Eulina do Carmo Almeida - Cuida a espécie de apelo interposto por Argos Confecções Ltda., Celso Eveling Caetano, Elizabeth Eveling Caetano e Gilda Eveling Caetano Teixeira, em virtude da r. sentença, f. 116/122, que, nos autos dos embargos à execução aforados contra Athenas S.A. Fomento Mercantil, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, nos seguintes termos:

> Ante o exposto, julgo improcedentes os embargos, nos termos do art. 269, I, CPC. Condeno os embargantes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R$ 500,00 (quinhentos reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC. Suspendo, no entanto, tal pagamento, na forma do art. 12 da Lei 1.060/50, uma vez que os postulantes se encontram sob o pálio da justiça gratuita.

Em suas razões recursais, f. 125/134, os apelantes afirmam que restou sobejamente comprovado nos autos que a executória aforada pela suplicada está calcada em título manifestamente nulo, pois o contrato de fomento mercantil que ensejou a cobrança das notas promissórias em apreço não faculta a imposição ao cedente de reconhecimento do direito de regresso, nem tampouco exige garantia por emissão da referida cártula ou por oneração em bens imóveis, porque, nas atividades decorrentes dessa modalidade de negócio jurídico, o faturizador assume os riscos pela insolvência do sacado.

Alegam, ainda, que a cambial objeto da execução é ilíquida e inexigível, já que o valor reclamado é superior ao *quantum* lançado no instrumento de confissão de dívida, pugnando, por isso, pela reforma *in totum* do provimento hostilizado.

Contra-razões às f. 137/143.

Recurso recebido em ambos os efeitos, f. 135-v., do qual conheço porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Argos Confecções Ltda., Celso Eveling Caetano, Elizabeth Eveling Caetano, Gilda Eveling Caetano, Kraft Fomento Mercantil Ltda. ajuizaram os presentes embargos do devedor em desfavor de Athenas S.A. Fomento Mercan-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 153

til, pretendendo desconstituir os títulos extrajudiciais que embasam a executória que lhes foi oposta, em razão da ausência dos requisitos do art. 586 do CPC, bem como da abusividade das cláusulas contratuais que impõem ao faturizado o reconhecimento do direito de regresso e que exigem garantia por emissão de notas promissórias, e por oneração em bens móveis.

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido inicial, nos termos já transcritos, ensejando a irresignação em apreço.

A teor do disposto no art. 586 c/c inciso I do art. 618 do CPC, o título que sustenta a execução deve ter os atributos da liquidez, certeza e exigibilidade, sob pena de sua nulidade.

Pelo conjunto probatório dos autos, evidencia-se que a relação estabelecida entre os apelantes e a ré, ora recorrida, se consubstancia em contrato de faturização.

Em negócios dessa natureza, uma sociedade de fomento mercantil (faturizador ou factor) aparece como cessionária de créditos mediante endosso do chamado faturizado. Por essa interveniência, cobra-se determinada taxa na qual vem embutido risco de inadimplência do emitente do título, caracterizando-se a empresa de *factoring* como autêntica adquirente do faturamento do cedente.

Pelo contrato, há transmissão do título mediante operação especial de compra e venda de ativo financeiro, ocorrendo a desvinculação cambial do primitivo favorecido, sendo responsabilizado apenas em caso de ilegalidade do crédito. Nos demais casos, o factor assume os riscos, advindo daí sua liberdade para selecionar os créditos que queira comprar.

Em pacto dessa espécie, existe uma negociação do crédito em si e não apenas da cártula, sendo, por isso, seu conteúdo mais complexo que o da simples cessão, elucidando Arnaldo Rizzardo que:

> Não se está diante de um empréstimo, de abertura de crédito, de desconto de duplicata, de cessão de crédito, de uma compra de duplicatas, de um endosso de títulos. Existem proximidades e aspectos comuns vários. Mas diverge de todas as figuras jurídicas existentes, no contorno que se apresentou e constituiu cenário jurídico (*Factoring*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 74).

Fran Martins ressalta ainda que:

> É característica essencial do contrato de faturização a isenção do faturizado da responsabilidade de pagar o crédito cedido caso o comprador das mercadorias não o faça - o que torna o contrato de *factoring* uma operação de risco, portanto, especulativa, e não uma operação de crédito, como são as operações bancárias (*Contratos e obrigações comerciais*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense,1990, p. 119).

A hipótese versada nos autos trata de verdadeira compra e venda de créditos, envolvendo o *quantum* correspondente ao risco, constituindo, portanto, uma figura jurídica própria, peculiar, que exige uma análise detida, à vista de suas particularidades.

Dessa forma, caracterizado o *factoring*, configura-se abusiva a cláusula contratual que exige que o cedente assuma os riscos pelo não-pagamento por parte de terceiros devedores dos títulos transferidos, pois viola a essência do referido negócio.

É entendimento deste Sodalício:

> Não sendo o faturizado responsável pela inadimplência dos seus devedores, não pode ser responsabilizado pelo pagamento de títulos negociados sob contrato de *factoring*, onde cedeu ao faturizador seus créditos, tudo em troca de um pagamento que embute o risco por tal insucesso na cobrança de tais valores. Ora, sendo o risco de tais operações de *factoring* a característica essencial desse negócio, mostra-se abusiva e absurda a cláusula de recompra, que mantém com o faturizado os riscos da operação... (8ª CC., Ap. nº 000.254.507-7/00, Rel. Des. Sérgio Braga, j. em 26.08.2002).

Diante dessas considerações, deveria a apelada procurar satisfazer seus haveres perante os emitentes títulos, uma vez que não possui direito de regresso contra os apelantes,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 154

o que obsta proceder à cobrança direta, pelo que as cártulas que instruíram a inicial, f. 23/139, são imprestáveis para liquidar o montante pleiteado.

Ademais, impende salientar que, embora a nota promissória represente um título de crédito autônomo e abstrato, independente do negócio que lhe deu causa, essas características não inviabilizam que o devedor levante discussão sobre a *causa debendi*, se demonstrada a presença de vício ocorrido em sua emissão.

Com efeito, a referida cambial, pela sua natureza jurídica, não se presta a servir como garantia, especialmente em relação a contrato de fomento mercantil, pois essa modalidade de acordo comporta, apenas, a figura do aval.

No presente caso, os títulos de crédito que se pretende executar foram emitidos pelos requerentes para assegurar o negócio jurídico firmado entre a empresa Athenas S.A. Fomento Mercantil e a Argos Confecções Ltda., o que torna indiscutível a imprestabilidade daqueles para aparelhar ação executiva em apenso.

Nesse sentido é a jurisprudência:

> Não se reveste de força executiva a nota promissória emitida como garantia de operação de *factoring*, atividade cujo risco, pela sua própria natureza jurídica, é do faturizador (TJMG, 12ª CC., Ap. n° 1.0701.03.052334-7/001, Rel. Des. Domingos Coelho, j. em 12.06.2006).

Os fatos narrados, com certeza, levam ao acolhimento dos embargos e conseqüente extinção da execução, não podendo prosperar os fundamentos adotados no *decisum*.

Mediante essas considerações, dou provimento ao recurso, para reformar a v. sentença hostilizada, julgando procedentes os embargos do devedor e extinguindo o feito executivo.

Por conseguinte, inverto os ônus sucumbenciais, que passam a ser suportados, na forma fixada no Juízo *a quo*, pela apelada, Athenas S.A. Fomento Mercantil, que responderá, ainda, pelas custas recursais.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Francisco Kupidlowski e Adilson Lamounier.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

REGISTRO DE ÓBITO - RETIFICAÇÃO - FILHOS PRÉ-MORTOS DO *DE CUJUS* - SUPRESSÃO DO NOME NO REGISTRO - PEDIDO - PREJUÍZO A TERCEIROS - NÃO-OCORRÊNCIA - ADMISSIBILIDADE

Ementa: Retificação de registro de óbito. Registro em que consta, indevidamente, que o *de cujus* deixou filhos solteiros já falecidos. Supressão do nome destes. Ausência de prejuízo a terceiros. Admissibilidade.

- Legítimo o pedido de retificação no assento de óbito da genitora do autor, relativamente à supressão dos nomes dos filhos solteiros pretendidos, visto que faleceram anteriormente à genitora, desde que não prejudique terceiros, ajustando-o à realidade.

- Nos termos do item 10 do art. 80 da Lei 6.015/73, somente o nome e a idade dos filhos que tenham sobrevivido ao falecido é que necessariamente deverão constar em seu registro de óbito.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.06.148025-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: F. R. - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 155

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2007. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, o Dr.Gilson Corrêa do Bomfim.

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Conhece-se do recurso, presentes os requisitos exigidos à sua admissibilidade.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença (f. 21/22), que julgou procedente o pedido inicial, para determinar a retificação do registro de óbito de N.S.R., excluindo do rol de filhos deixados pela falecida os nomes de J.O. e W.

Inconformado, recorre o Ministério Público (f. 24/28), pretendendo a reforma da sentença *a qua*, ao argumento, em resumo, de que o fim da personalidade civil não exclui o indivíduo do mundo jurídico; que o falecimento não comporta a cessação do estado filial da prole pré-morta; que a morte autoriza a abertura de sucessão definitiva, que terá implicações, inclusive, em relação aos herdeiros pré-mortos, que, caso possuam descendentes, adquirirão a quota-parte pertencente a eles; que os filhos pré-mortos não se encontram excluídos, *a priori*, da sucessão; que o art. 80 da Lei 6.015/73 determina que os nomes dos filhos do falecido devem constar no assento de óbito, não fazendo qualquer distinção entre vivos e mortos.

Contra-razões, em síntese, pela manutenção da sentença recorrida (f. 30/32).

Parecer da d. Procuradoria de Justiça, em síntese, pelo desprovimento do recurso (f. 40/41).

Examina-se o recurso.

Ao exame dos autos, vê-se que a pretensão do autor/apelado, de fato, não encontra óbices na Lei 6.015/73 - Lei de Registros Públicos, bem como a pretendida alteração também não prejudicará terceiros.

Observa-se que o art. 80 da Lei 6.015/73 relaciona todas as informações que devem constar no assento de óbito. Dentre as diversas informações, a lei exige que conste se o *de cujus* deixou bens e herdeiros menores ou interditos (item 10).

Na espécie em exame, foi informado na certidão de óbito de N.S.R. (genitora do autor/apelado) que a mesma deixou sete filhos maiores (f. 06). Entretanto, foi feito constarem indevidamente os nomes de dois filhos, W.R. e J.O., uma vez que faleceram anteriormente à sua genitora, conforme registros de óbitos colacionados às f. 07 e 08.

Diante disso, pretende o autor/apelado a supressão dos nomes de W.R. e J.O. da certidão de óbito de sua genitora N.S.R.

Em que pese o inconformismo do i. Representante do Ministério Público, razão não assiste ao mesmo. Conforme salientou o MM. Juiz de Direito *a quo* à f. 21, a determinação do item 10 do art. 80 da Lei 6.015/73 refere-se aos filhos vivos deixados, uma vez que "a morte extingue a personalidade e não se pode falar que deixou alguém que não mais existe no mundo jurídico".

Logo, somente o nome e a idade dos filhos que tenham sobrevivido ao falecido é que necessariamente deverão constar em seu registro de óbito.

Ademais, a definição/condição de herdeiro não se faz com base na inserção ou não de seu nome no registro de óbito. Vê-se, portanto, que está presente o erro, e a irresignação merece amparo.

Inexistindo dispositivo legal que vede a retificação do registro em análise e observando que os autos tratam de procedimento de jurisdição voluntária, impõe-se que o Judiciário, des-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 156

de que tomadas as cautelas indispensáveis para o resguardo de interesse de terceiros, não negue o direito subjetivo do apelado de ver suprimidos os nomes de W.R. e J.O. da certidão de óbito de sua genitora N.S.R.

Com tais razões, nega-se provimento à apelação, mantendo-se a d. sentença hostilizada.

A Sr.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade - Sr. Presidente. De início, pensei até em decidir pela falta de interesse de ação, tendo em vista que entendi que não estava bem demonstrado esse interesse, mas, por fim, entendi que a melhor solução foi a dada pelo eminente Relator, que está chegando, realmente, à prestação jurisdicional, e se, posteriormente, alguma coisa aparecesse em contrário, o voto, de qualquer jeito, está decidindo a matéria, razão pela qual acompanho o eminente Relator.

O *Sr. Des. Armando Freire* - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DIPLOMA - UNIVERSIDADE ESTRANGEIRA - PEDIDO DE REVALIDAÇÃO AUTOMÁTICA - DIREITO ADQUIRIDO - INEXISTÊNCIA - DECRETO 80.419/77 - REVOGAÇÃO PELO DECRETO 3.007/99 - COLAÇÃO DE GRAU POSTERIOR - EXPECTATIVA DE DIREITO

Ementa: Ação ordinária. Pedido de revalidação de diploma. Curso de medicina concluído na Universidad Técnica Privada Cosmos - UNITEPC - Bolívia. Inocorrência de direito adquirido. Decreto-lei que permitia a revalidação revogado antes da conclusão do curso. Expectativa de direito. Pedido julgado improcedente. Sentença mantida.

- O aluno brasileiro que concluiu o curso superior em instituição de ensino situada no exterior não possui direito adquirido à revalidação automática de diploma se, na data da colação de grau, não vigia mais o Decreto 80.419/77, que promulgou a Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe e que foi revogado pelo Decreto nº 3.007/99. Em tais circunstâncias, o aluno possui apenas expectativa de direito, que não pode se transmudar em direito adquirido, em virtude da revogação do aludido decreto.

- Para que sejam nacionalmente reconhecidos, os diplomas expedidos por universidades estrangeiras devem ser revalidados, tal como previsto pelo art. 48, § 2º, da Lei 9.394/96.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0433.05.153826-5/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Alcibelo Madureira Freire - Apelada: Universidade Estadual de Montes Claros - Unimontes - Relator: Des. ARMANDO FREIRE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2007. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

O *Sr. Des. Armando Freire* - Trata-se de recurso de apelação aviado contra a sentença de f. 222/225, por meio da qual o digno Juiz da

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 157

1ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Montes Claros julgou improcedente o pedido formulado na inicial para revalidação de diploma do autor, ora apelante, que sustentou existir direito adquirido. Por conseguinte, condenou o apelante ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados no percentual de 15% sobre o valor atribuído à causa, observando os termos dos arts. 4º e 12 da LAJ.

O douto Juiz discorreu na sentença que o pedido do autor não seria viável pelos motivos a seguir transcritos:

> 1º - Por não haver comprovação de que a Bolívia fosse um dos Estados contratantes da Convenção Regional sobre Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe, pois referidas convenções regionais, criadas normalmente sob a égide da Unesco, não levam ao reconhecimento automático por todos os países que fazem parte daquela região determinada, devendo os países signatários reconhecer os dispositivos constantes, ratificando, no âmbito nacional, a referida convenção.
> 2º - Por outro lado, há que se observar a autonomia universitária, o que possibilita à universidade realizar exames para aferir a proficiência dos profissionais médicos que têm a intenção de trabalhar - em área delicadíssima, diga-se de passagem - no território nacional, não havendo direito líquido e certo à revalidação automática dos respectivos diplomas.
> 3º - Por fim, não visualizo direito adquirido, pois o requerente graduou-se no curso de medicina oferecido pela Universidad Técnica Privada Cosmos - UNITEPC em 22.10.2003, época posterior à revogação do Dec. nº 80.419/77 pelo Dec. 3.007/99, data esta em que não possuía o autor diploma a ser reconhecido.

Consoante as razões recursais de f. 226/231, o autor discorreu que, com base no Decreto 80.419/77, que ratificou o Decreto 66/77, que vigorava à época em que iniciou o curso de Medicina na Bolívia, país então conveniado com o Brasil em termos de equivalência de diplomas e títulos de ensino superior; o referido decreto foi revogado pelo Decreto 3.007/99, época em que o seu direito adquirido ao benefício legal então vigente, consistente na revalidação automática de seu diploma de médico perante universidades públicas brasileiras (Lei de Diretrizes e Bases do Ensino nº 9.394/96), já estava incorporado ao seu patrimônio jurídico por força do art. 5º, XXXVI, da CF.

O apelante noticia que o Conselho Nacional de Educação, por meio da sua Câmara de Educação Superior, editou a Resolução CNE/CSE nº 1, de 28.01.2002, estabelecendo normas para a revalidação de diplomas de graduação expedidos por estabelecimentos estrangeiros de ensino superior. Ademais, noticia que os médicos graduados pela Universidad Cristiana de Bolívia em fevereiro de 2003 ingressaram com um mandado de segurança contra a necessidade de exame para revalidar os diplomas, sendo que o Juiz da 4ª Vara Federal catarinense considerou ilegal a exigência de qualquer avaliação de diplomas conferidos por universidades estrangeiras, por falta de previsão na lei de diretrizes e bases da educação e na resolução do Conselho Nacional de Educação que regulamentam a matéria.

Por fim, aduz que, diante do acordo de cooperação educacional firmado entre o Brasil e a Bolívia em 2002, não há como negar ao apelante, que foi diplomado no ano de 2003, o direito à revalidação automática do seu diploma.

Requer o provimento do apelo e a reforma da sentença.

O recurso foi recebido à f. 232.

Conforme contra-razões de f. 234/237, a apelada pugna pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria de Justiça, através da sua ilustre Procuradora de Justiça, Dr.ª Elaine Martins Parise, em cota à f. 244, manifestou-se no sentido de não ser necessária a intervenção do Ministério Público no presente feito.

Diante da concessão dos benefícios da justiça gratuita ao recorrente (f. 192), não se exige o preparo.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 158

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O apelante graduou-se em medicina pela Universidad Técnica Privada Cosmos - UNITEPC - de Cochabamba, na Bolívia, aos 22 de outubro de 2003 (f.19). Na época em que iniciou o referido curso, vigorava o Decreto nº 80.419/77, que promulgou a Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe.

Todavia, quando o apelante colou grau no curso, tal decreto já havia sido revogado pelo Decreto 3.007/99.

Ora, quando o autor ingressou no curso de medicina apenas dispunha de expectativa de direito ao pretendido reconhecimento de diploma que não se transformou em direito adquirido por força da superveniente revogação do mencionado decreto. Ele não era formado à época em que a legislação brasileira que regia a matéria já havia sido alterada, de modo que não há suporte normativo para se reconhecer o alegado direito adquirido à revalidação automática de diploma, ainda que haja ele iniciado seus estudos sob a égide do Decreto 80.419/77.

Dito de outro modo, o direito adquirido do autor apenas estaria resguardado se ele tivesse concluído o curso de medicina na vigência do Decreto 80.419/77. O fato narrado não se amolda à hipótese de direito adquirido, instituto jurídico alçado à categoria de garantia constitucional (art. 5º, XXXVI, da Constituição Brasileira de 1988). A este respeito, a 3ª Turma do TRF da 4ª Região pronunciou:

> A pactuação firmada entre os Estados-Partes da 'Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe' albergou tão-somente as situações jurídicas constituídas desde então; modo diverso, far-se-ia a retroação da norma para abarcar diplomas universitários obtidos sem a garantia de valimento imediata fora das fronteiras do país em que localizada a instituição que o outorgou, mais precisamente junto aos países signatários do acordo multilateral (Agravo de Instrumento nº 257129/RS (200404010544956), 3ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon, j. em 08.03.2005, unânime, *DJU* de 04.05.2005).

Aliás, a revalidação de diploma de nível superior obtido no exterior é regulamentada pelo art. 48 da Lei nº 9.394/96, que assim dispõe:

> Art. 48 - Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.
> § 1º - Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação.
> § 2º - Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação.
> § 3º - Os diplomas de mestrado e de doutorado expedidos por universidades estrangeiras só poderão ser reconhecidos por universidades que possuam cursos de pós-graduação reconhecidos e avaliados, na mesma área de conhecimento e em nível equivalente ou superior.

Não existe mais a revalidação automática. Para que seja nacionalmente reconhecido, o diploma de curso superior obtido em país estrangeiro deve ser revalidado por universidade pública brasileira, de acordo com a diretriz traçada pelo art. 48, § 2º, da Lei 9.394/96 e da Resolução 1/2002, editada pelo Conselho Nacional de Educação.

No mesmo sentido, este eg. Tribunal decidiu, consoante ementas a seguir transcritas:

> Apelação cível. Ação ordinária declaratória e constitutiva. Pretensão do autor à revalidação de diploma de medicina obtido no exterior (Bolívia). Alegação de direito adquirido à revalidação. Inobservância de tal direito de plano. Decisão que julgou improcedente o pe-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 159

dido mantida. - Não há que se falar em direito adquirido à revalidação de diploma de médico, quando tal alegação se encontra estribada em norma revogada, datando o novo decreto de antes da colação de grau no curso superior. Existência de simples expectativa de direito. - Recurso a que se nega provimento (Apelação Cível nº 1.0433.04.133895-8/002, 2ª Câmara Cível do TJMG, Montes Claros, Rel. Jarbas Ladeira, j. em 18.10.2005, unânime, pub. em 18.11.2005).

Ação ordinária. Revalidação automática de diploma de nível superior de medicina obtido no exterior. Legislação revogada. - É inviável a revalidação automática de diploma de nível superior obtido no exterior, quando se observa que, no momento da conclusão do curso de medicina pelo autor, a legislação que a permitia achava-se revogada. Houve apenas expectativa de direito, que não se transformou em direito adquirido, pela revogação da norma. - Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento à apelação (Apelação Cível nº 1.0433.04.133893-3/002, 4ª Câmara Cível do TJMG, Montes Claros, Rel. Almeida Melo, j. em 22.09.2005, unânime, pub. em 11.10.2005).

Ação ordinária - Diploma obtido em universidade estrangeira - Direito à revalidação automática - Ausência. - As universidades públicas brasileiras têm autonomia para realizar exames para aferir a proficiência dos candidatos à revalidação de diplomas obtidos em universidades estrangeiras, não havendo direito líquido e certo à revalidação automática (Apelação Cível nº 1.0433.04.128164-6/002 - Comarca de Montes Claros - Rel. Des. Eduardo Andrade - Acórdão de 25.10.2005 - Publicado em 11.11.2005).

Diante do exposto, não havendo direito adquirido à aludida revalidação automática, a sentença deve ser mantida.

Nego provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Alberto Vilas Boas e Eduardo Andrade.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - EXONERAÇÃO - EX-CÔNJUGE - ALIMENTADA - CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - PROVA - CESSAÇÃO DO DEVER - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Exoneração de alimentos. Ex-cônjuge. Alimentada. Constituição de união estável. Art. 1.708 do Código Civil. Repetição de indébito. Impossibilidade.

- Provada nos autos a constituição de união estável pelo cônjuge credor dos alimentos, impõe-se a procedência do pedido de exoneração da pensão paga pelo cônjuge alimentante. Aplicação do art. 1.708 do Código Civil.

- Não há falar em devolução dos valores pagos a título de pensão alimentícia, visto que os alimentos prestados são irrepetíveis.

Nega-se provimento aos agravos retidos e dá-se parcial provimento ao recurso.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.03.184192-7/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: V.L.H. - Apelado: A.C.R. - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 160

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AOS AGRAVOS RETIDOS E DAR PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2007. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante, a Dr.ª Maria Celeste Massara.

O *Sr. Des. Kildare Carvalho* - Trata-se de apelação interposta por V.L.H. contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de exoneração de alimentos c/c repetição de indébito formulado por A.C.R.

O MM. Julgador singular exonerou o autor da pensão alimentícia em questão e condenou a requerida à repetição dos valores recebidos, a título de alimentos, desde a data da citação.

Apela a requerida ratificando, preliminarmente, os agravos retidos de f. 526 e 553/557. No tocante à apelação, argúi a nulidade do feito a partir da f. 363, alegando ausência de citação para responder aos termos da ação de repetição de indébito. No mérito, aduz que o fato de possuir namorado não lhe retira a necessidade de percepção dos alimentos; que não possui rendimentos suficientes para sua mantença e que as provas juntadas aos autos são anteriores ao ajuizamento da ação.

Sustenta ainda a impossibilidade de cumulação dos pedidos de exoneração de alimentos e repetição de indébito. Pugna, ao final, pela declaração de nulidade da sentença, determinando-se o retorno dos autos à origem, restabelecendo-se, imediatamente, o desconto da pensão em seu favor.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissão.

Versam os autos sobre ação de exoneração de alimentos c/c repetição de indébito movida pelo apelado contra sua ex-mulher, cujo pedido foi julgado parcialmente procedente, exonerado-o da pensão alimentícia e determinando-se a restituição dos valores recebidos desde a citação.

Analiso os agravos retidos interpostos pela recorrente ressaltando, a propósito, que a questão há de ser examinada à luz dos arts. 522 e 523 do Código de Processo Civil, com redação anterior à edição da Lei nº 11.187/05, respeitando-se a eficácia dos atos processuais já realizados, vale dizer, a fase procedimental já superada.

Ambos os recursos são contra decisões proferidas em audiência de instrução de julgamento do dia 07.10.2005, materializadas à f. 526.

O primeiro agravo retido diz respeito ao indeferimento de suspensão da exibição de vídeo apresentado pelo autor da demanda.

A irresignação da agravante consiste na alegação de que o despacho que deferiu a referida exibição não teria sido publicado.

Labora em equívoco a recorrente.

Isso porque o deferimento do pedido para exibição de vídeo se deu na mesma decisão de designação da audiência de instrução e julgamento, da qual foi a agravante devidamente cientificada, como se vê da f. 505-TJ.

Dessa forma, o comparecimento da agravante nos autos, tomando ciência do noticiado despacho, supre eventual ausência de publicação.

Nego, portanto, provimento ao primeiro agravo retido.

O outro agravo retido (f. 553/557-TJ) diz respeito à designação de nova data para continuar a audiência, devido à ausência de testemunhas arroladas pelo agravado.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 161

De igual forma, melhor sorte não possui a agravante.

Isso porque, nos termos do art. 453, II, do Código de Processo Civil, a audiência poderá ser adiada se as testemunhas não puderem comparecer, por motivo justificado.

E, como se colhe dos autos, a testemunha W.B.M., de fato, não foi intimada para comparecer à audiência (f. 522-TJ).

A despeito de a testemunha G.T.S. não ter comparecido à audiência, embora regularmente citado, como bem lançado pelo Juiz de origem, a continuação da audiência em data futura, por si, não é motivo suficiente para ocasionar prejuízo à agravante, haja vista que a testemunha da ré também seria ouvida na mesma oportunidade (f. 526-TJ).

Vale frisar ainda que o processo deve ser conduzido de forma que se busque a verdade real, não se podendo, assim, desconsiderar a oitiva de testemunhas, imprescindíveis para o deslinde da causa.

Ressalte-se, por fim, que o prosseguimento da audiência para o dia próximo encontra respaldo no art. 455 do Código de Processo Civil, quando não for possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento.

Nego provimento ao agravo retido, cujas razões recursais se encontram às f. 553/557-TJ.

O *Sr. Des. Manuel Saramago* - De acordo com o Relator.

O *Sr. Des. Dídimo Inocêncio de Paula* - De acordo com o Relator.

O *Sr. Des. Kildare Carvalho* - No tocante ao recurso de apelação, a apelante suscita preliminar de nulidade do feito, ao argumento de que não fora regularmente citada para os termos da ação de repetição de indébito.

Considerando o disposto no art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil, tal questão deixa de ser examinada, pois o recurso, neste ponto, está sendo provido.

Pois bem.

Duas são as questões envolvendo o mérito da apelação, quais sejam o acolhimento da exoneração da pensão e a condenação à devolução dos valores recebidos.

No tocante ao pedido exoneratório, razão não assiste à recorrente.

Isso porque, diante do conjunto probatório dos autos, pode-se dizer que a questão é mesmo de aplicação do art. 1.708, segundo o qual, "com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos".

A uma análise acurada da farta documentação que instrui o processado, restou incontroverso que a apelante estabeleceu com o senhor W.B.M., com objetivo de constituição de família, uma relação duradoura, pública e contínua.

Para tanto, os diversos depoimentos abaixo transcritos confirmam o relacionamento ora apontado. Confira-se:

> (...) que aconteceu em abril /2005 a depoente quebrou o pulso e W. lhe fez companhia na sua casa, pois estava com o braço engessado; (...) e com o namorado Wilson vai a cinemas, teatros, restaurantes e etc.; (f. 529/530-TJ: depoimento da apelante).

> Que já viu o varão retratado nas f. 95, 109 na casa; (...) que algumas vezes viu aquela pessoa naquela residência; que em torno de dois anos tem visto aquele cidadão naquela residência; que caminha entre 06:00 e 08:00 horas e viu aquele cidadão saindo daquela residência neste mesmo horário; que viu sair de carro; que nunca viu este cidadão com V.; que no horário que passa apenas vê saindo e não entrar; (f. 532-TJ).

> (...) que eventualmente o namorado pernoita na casa da r.; que não sabe com que freqüência; (f. 595-TJ).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 162

> (...) que sua mãe namora W. aproximadamente dois anos; que eventualmente W. pernoita em casa de sua mãe; (f. 596-TJ).
>
> (...) que sua mãe tem pressão alta e os filhos dormem na casa e eventualmente W. pernoita na casa; que W. convive com os filhos da depoente; que as crianças chamam W. de vovô como fazem com qualquer velhinho; que há cerca de oito anos passados seu irmão arrumou um computador para W.; que a partir de então se reencontraram; que o namoro ocorreu após isso; (f. 597-TJ).
>
> (...) que W. é namorado de V.; que eventualmente W. pernoita na casa de V.; que o namoro começou quando W. pediu ao depoente que montasse um computador, que assim o fez; (...) que não sabe há quanto tempo W. namora sua mãe e pernoita na casa dela; que calcula mais de três anos; (f. 598-TJ).

À luz, portanto, das transcrições acima, não restam dúvidas quanto à união estável estabelecida pela recorrente, fator esse, por si só, suficiente à exoneração de alimentos prestados pelo ex-marido, aqui apelado, sob a permissibilidade do art. 1.708 do Código Civil.

Dessa forma, é inegável que o recebimento dos alimentos pela recorrente não pode mais ser considerado dever do apelado.

Como se não bastasse, extrai-se dos autos que a apelante aufere rendimentos próprios, provenientes do exercício da profissão de arquiteta junto à Fhemig, além da prestação de trabalhos esporádicos, fato este confirmado pela prova testemunhal produzida no feito.

A propósito, é importante ressaltar que, somente depois de julgada a causa que demonstrou elidido o direito aos alimentos pela requerida, é que se pode ter como extinta a obrigação.

Contudo, impossível a restituição dos alimentos já pagos.

Assim sendo, quanto à devolução dos valores recebidos pela apelante, a sentença deve ser reformada.

Isso porque já é pacífico na jurisprudência pátria o entendimento de que as relações alimentícias são regidas pelo princípio da irrepetibilidade e, conforme leciona Yussef Said Cahali:

"Os alimentos provisionais ou definitivos, uma vez prestados, são irrepetíveis" (*in Dos Alimentos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 124).

Ora, se aos alimentos é dada proteção pelo princípio da irrepetibilidade, não é possível determinar a restituição da pensão definitiva, chancelada que está por acordo homologado entre as partes ou decisão judicial.

Vale dizer, a pensão alimentícia não pode ser vista como uma espécie de poupança ou meio de enriquecimento. Serve, sim, para suprir as necessidades da pessoa alimentada, de modo que a retroação dos efeitos da exoneração criaria, automaticamente, uma dívida, para a qual não estaria a alimentada preparada, por estar, até então, respaldada por uma sentença.

Cite-se, por oportuno, julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Civil e processual. Ação de revisão e exoneração de alimentos. Recurso especial. Prequestionamento. Insuficiência. Matéria de fato. Revisão. Impossibilidade. Súmulas ns. 5 e 7-STJ. Efeitos da sentença que cancela os alimentos. Pedido de retroação até a data da publicação da decisão de 1º grau. Acórdão que defere à época da citação. Ofensa ao princípio da irrepetibilidade. Lei n. 5.478/68, art. 13. Exegese.
> (...)
> III. Ofende o princípio da irrepetibilidade a retroação, à data da citação, dos efeitos da ação de revisão para redução ou exoneração da pensão alimentícia.
> (...) (REsp 513645/SP, Relator Min. Aldir Passarinho Junior, data da publicação: 20.10.2003).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 163

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para, tão-somente, excluir a condenação da recorrente à devolução dos alimentos pagos, mantendo-a, portanto, no ponto referente à exoneração do apelado.

Custas, na proporção de 50% (cinqüenta por cento) para cada um dos litigantes.

O *Sr. Des. Manuel Saramago* - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS NEGAREM PROVIMENTO AOS AGRAVOS RETIDOS E VOTAR O RELATOR DANDO PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, o Dr. Marcos Gouvêa.

O Sr. Presidente (*Des. Kildare Carvalho*) - O julgamento deste feito, após negarem provimento aos agravos retidos, foi adiado na sessão do dia 12.04.2007, a pedido do Revisor, depois de votar o Relator, dando provimento parcial à apelação.

Com a palavra o *Des. Manuel Saramago*.

O Sr. Des. Manuel Saramago - Sr. Presidente. Tive acesso aos autos e cheguei à mesma conclusão de Vossa Excelência, motivo por que, também, dou parcial provimento à apelação.

O Sr. Des. Dídimo Inocêncio de Paula - Sr. Presidente. Acompanho o douto Relator e anoto ter recebido memorial do escritório do Dr. Marcos Gouvêa, ao qual dei a devida atenção.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS AGRAVOS RETIDOS E DERAM PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO.

-:::-

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - CUMULAÇÃO DE AÇÕES - DNA - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - REGISTRO ANULADO

Ementa: Cível. Negatória de paternidade cumulada com anulação de registro de nascimento. DNA. Paternidade socioafetiva. Registro anulado.

- O reconhecimento voluntário de paternidade de filhos havidos fora do casamento poderá ser desconstituído, desde que comprovado que a criança não era mesmo filha biológica daquele que a registrou.

- O exame de DNA, que atesta que a criança não era filha biológica daquele que a registrou, autoriza a anulação do assento de nascimento, desde que também não seja provada a existência de paternidade socioafetiva.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0079.05.197727-4/001 - Comarca de Contagem - Apelante: E.L.A., representada pela mãe M.L.L.A. - Apelado: N.M.S. - Relator: Des. NILSON REIS

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 164

Acórdão

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

Belo Horizonte, 8 de maio de 2007. - *Nilson Reis* - Relator.

Notas taquigráficas

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

Trata-se de apelação interposta por E.L.A., representada por sua mãe M.L.L.A., contra a r. sentença, de f. 45/47, nos autos da ação negatória de paternidade, cumulada com anulação de registro de nascimento e exoneração de alimentos, ajuizada por N.M.S., que julgou procedente o pedido inicial.

Inconformada, a ré interpôs o apelo de f. 50/51, afirmando que hoje conta oito anos de idade e que sempre teve N. como seu pai. Alegou questões de cunho social. Pede a reforma da sentença para que prevaleça a paternidade socioafetiva.

O recorrido apresentou contra-razões, f. 53/56, afirmando que a prova pericial é suficiente para concluir que ele não é pai biológico da apelante. Negou a existência de paternidade socioafetiva.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, de f. 62/66, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório. Decido.

Tenho que a sentença não merece censura.

Pontes de Miranda, em sua obra *Tratado de Direito de Família*, atualizada por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2001, v. III, no Capítulo IV, que trata das relações entre pais e filhos havidos fora da relação do casamento, doutrina, em seu § 218, página 100, que o reconhecimento da paternidade de filhos havidos fora do casamento pode ser voluntário ou forçado. Feito o reconhecimento, ele não pode ser revogado, como menciona à página 133:

> § 228. Irrevogabilidade do reconhecimento.
> 1. Irrevogabilidade, impugnabilidade. O ato de reconhecimento é irrevogável, isto é, o seu autor não pode retirar a expressão que motivou o ato do reconhecimento de paternidade, ou maternidade, nem se desdizer, com o fim de pedir o seu cancelamento. O único meio é a alegação de nulidade, anulabilidade ou ineficácia, como vimos no parágrafo anterior.

Essa lição doutrinária, que trata do reconhecimento inexistente, nulo e anulável, p. 130 e seguintes, em suma, literaliza que será:

- inexistente, quando a pessoa reconhecida ou a que reconheceu não existirem;

- nulo, quando feito por pessoa incapaz; quando não seguir as formalidades legais; quando terceiro reconhecer, após mulher ou homem casado considerar o filho como havido na constância do casamento; e quando feito sem o consentimento do reconhecido, após a maioridade deste.

Por fim, na p. 132, ao tratar do reconhecimento anulável, ensina que:

> 3. Anulável. a) É anulável o reconhecimento: por vício resultante de dolo, ou coação, ou simulação (art. 147, II). b) É ineficaz quando o não aceite o reconhecido, ao atingir a maioridade, ou à suplementação. c) É impugnável quando contrário à verdade.
> (...) A inverdade, prevista em c), pode ser alegada por qualquer pessoa que tenha justo interesse. O Código Civil, no art. 365 ('Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação da paternidade, ou maternidade'), dá a qualquer pessoa justamente interessada a resposta a ação de investigação de paternidade, ou maternidade; é de tirar-se, portanto, que igual

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 165

> resposta lhe assiste, quanto ao reconhecimento voluntário.

Esse entendimento do jurista Pontes de Miranda é o dominante na doutrina. Também o jurista e professor Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra *Instituições de direito civil*, atualizada por sua filha, a professora Tânia da Silva Pereira, 14. ed., São Paulo: Forense, 2004, v. 5, p. 328, ao comentar o art. 1.604 do Código Civil de 2002, conjugando-o com a Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), mostra a possibilidade legal da anulação de registro de nascimento daquele que foi reconhecido voluntariamente como filho, baseando-se na falsidade da declaração contida no registro, diante da comprovação da inexistência de vínculo biológico entre o que registrou e o registrado.

> Determinava o art. 348, recepcionado pelo art. 1.604 do Código de 2002, que 'ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro'. Previu, também, o art. 1º da Lei 8.560/92 a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário dos filhos nascidos fora do casamento. No entanto, o art. 113 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) prevê a possibilidade de as 'questões de filiação serem decididas em processo contencioso para anulação ou reforma do assento'.
>
> Assim, a ação que visa desconstituir a paternidade ou maternidade inscrita no registro ou reforma do assento de nascimento tem fundamentos próprios. Exige-se que se prove 'erro ou falsidade' das declarações nele contidas, conforme determinam os arts. 1.604 e 1.608.

Então, é inquestionável, *concessa venia*, que, existindo provas de que a criança não seja filha biológica daquele que a registrou como pai, o assento de nascimento poderá ser anulado independentemente de o reconhecimento ter sido voluntário ou não, e, portanto, isso se deve ao fato de que a realidade jurídica deve retratar a realidade biológica, ou seja, o registro público deve exprimir aquilo que é verdadeiro.

No caso dos autos, existem dois exames de DNA (f. 05/09 e 35/38), que são categóricos ao concluírem que o recorrido não é pai biológico da apelante.

Dessa forma, em princípio, é possível anular o assento de nascimento da apelante. Contudo, a tendência atual do direito, quando se trata de filiação, é privilegiar a paternidade socioafetiva sobre a biológica, sob o entendimento de que pai é aquele dá afeto e participa ativamente na vida da criança. É o que ensina Paulo Luiz Netto Lobo, no artigo "Direito ao estado de filiação e direito à origem: uma distinção necessária", constante dos Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 515:

> No que concerne ao estado de filiação, deve-se ter presente que, além do mandamento constitucional de absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente (art. 227), a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da ONU, de 1989, passou a integrar o direito interno brasileiro desde 1990. O art. 3.1 da Convenção estabelece que todas as ações relativas aos menores devem considerar, primordialmente, 'o interesse maior da criança', abrangente do que a lei brasileira (ECA) considera adolescente.
>
> (...) O princípio não é uma recomendação ética, mas uma diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.

E continua na página 517:

> O princípio inverte a ordem de prioridade: antes no conflito entra a filiação biológica e a não-biológica ou socioafetiva, resultante de posse de estado de filiação, a prática do direito tendia para a primeira, enxergando o interesse dos pais biológicos como determinantes e raramente contemplando os do filho.
>
> (...) O princípio impõe a predominância do interesse do filho, que norteará o julgador, o qual, ante o caso concreto, decidirá se a realização pessoal do menor estará assegurada entre os pais biológicos ou entre os pais não biológicos.

Então, é preciso verificar, se, no caso concreto, existe ou não a paternidade socioafetiva, que deverá preponderar sobre a biológica.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 166

Pelo depoimento pessoal do recorrido e das testemunhas, é de se concluir que o contato entre os apelantes sempre foi esporádico, não existindo participação ativa do apelado na vida da recorrente.

A testemunha D.R.C., em seu depoimento de f. 38, afirmou que não conhece a recorrente, que nunca a viu com o apelado.

A testemunha J.A.C., f. 39, disse que só viu a apelante uma única vez, quando o recorrido foi buscá-la para visitação, que isso ocorreu em meados de 2005 e que nunca mais a viu com o apelado.

Sabe-se que a prova tem a finalidade de demonstração da verdade para formar a convicção do julgador e, segundo Mittermayer, citado por Jônatas Milhomens em sua obra *A prova no processo*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982, p. 25:

"Prova é a soma dos meios produtores da certeza".

Ainda da lição do lúcido Jônatas Milhomens, em sua supracitada obra, p. 170-171, colhemos:

> Teve razão Kisch, ao dizer que a necessidade de provar, para vencer, chama-se ônus da prova. Se não se logra convencer o juiz da verdade dos fatos, estes não são tidos como verdadeiros na sentença, e sofre prejuízo aquele em cujo favor haveriam de produzir efeitos jurídicos os que ficaram sem comprovação.
> Temos como certo, portanto, que os fatos trazidos pelas partes a discussão devem ser provados para que o juiz na sentença os leve em conta; que há necessidade de provar, definindo-se, assim, o *onus probandi*.

Guiseppe Chiovenda, em *Instituições de direito processual civil*, Campinas: Bookseller, 1998, v. 2, p. 451, discorrendo sobre o ônus da prova e os fatos constitutivos e impeditivos, em relação à repartição do ônus da prova, escreve:

> O autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes de produzir o efeito que lhes é natural.

E continua na p. 453:

> Princípio de justiça distributiva, que reparte o ônus da prova, se influi exatamente na consideração do que é normal e anormal, regra e exceção, no regular caso por caso, ter presente esta relação.

A meu sentir, pelo cenário dos autos, considerando a instrução probatória, a apelante não conseguiu demonstrar a existência da alegada paternidade socioafetiva, que autorize a reforma da sentença.

Portanto, a r. sentença que anulou o registro de nascimento da recorrente, na parte que consta o nome do apelado como pai da recorrente, retirando-o do assento de nascimento e exonerando-o do encargo de pagar alimentos, está correta em todos os seus fundamentos.

Assim sendo, com tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Jarbas Ladeira e Caetano Levi Lopes.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL - DANO MORAL - BEM IMÓVEL - COMPRA E VENDA - TRIBUTO - OBRIGAÇÃO DE PAGAR - DESCUMPRIMENTO - CONDENAÇÃO - QUANTIA CERTA - *ASTREINTE* - NÃO-CABIMENTO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 167

Ementa: Direito civil e processual civil. Compra e venda de imóvel. Obrigação da compradora de pagar os tributos relativos ao mesmo, expressamente pactuada. Venda posterior a terceiro. *Res inter alios* em relação à primitiva vendedora, a quem é devida indenização por danos morais e materiais, por ter ela suportado a execução fiscal relativa aos tributos devidos pela compradora. Condenação ao pagamento de quantia certa. Descabimento de *astreintes*.

- A compradora de um imóvel que se obrigou ao pagamento de todos os tributos relativos ao mesmo, a partir do momento da aquisição, não pode se eximir de sua obrigação, assumida perante a vendedora, sob a alegação de que vendeu o bem a terceiro. A vendedora faz jus a indenização por danos morais se tem contra ela proposta execução fiscal para cobrança dos referidos tributos e, outrossim, se, para ver-se indenizada em razão de danos materiais, é obrigada a ajuizar demanda judicial contra a compradora do imóvel. Tratando-se de condenação ao pagamento de quantia certa, não são cabíveis *astreintes*, sendo estas cabíveis apenas em casos de preceitos cominatórios, nos termos do art. 287 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0702.05.262673-7/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Santa Mônica Empreendimentos Ltda. - Apelada: Aparecida Ferreira de Lima - Relator: Des. ADILSON LAMOUNIER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2007. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

O *Sr. Des. Adilson Lamounier* - Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação cível interposta por Santa Mônica Empreendimentos Ltda. contra a sentença de f. 52/57, através da qual a MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia julgou procedente o pedido deduzido pela apelante em face da apelada, condenando aquela

> a regularizar a situação do imóvel em questão ao DMAE, bem como a pagar à autora o valor de R$ 594,46 (quinhentos e noventa e quatro reais e quarenta e seis centavos), a ser corrigido pelos índices adotados pela Corregedoria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais a partir do vencimento de cada parcela, mais juros legais a partir da citação, mais o pagamento de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) a título de danos morais, a ser corrigido pelos mesmos índices já referidos, a partir da publicação desta decisão, no prazo de 30 (trinta) dias do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de pagamento de multa no valor de R$ 1.000,00 (hum mil reais) por dia de atraso, na forma do art. 461 do Código de Processo Civil (f. 57).

Em suas razões de recurso (f. 60/65), alega a apelante não ter a recorrida comprovado o sofrimento de danos morais. Afirma, ainda, que, "quando o imóvel foi vendido à autora, ora apelada, o mesmo não tinha ligação de água; logo, se foi a mesma que utilizou o serviço, a ela cabe o pagamento pelo serviço prestado, tampouco, quando da formalização do contrato de retrovenda, dever-se-ia ter dirigido ao DMAE e pedir a baixa das contas de água em seu nome, e não a ré, ora apelante, que nem sequer tinha condições de saber se qualquer ligação de água havia sido realizada e muito menos cadastrada no nome da autora-apelada" (f. 61). Por fim, sustenta que, "como não se trata de obrigação de fazer, mas sim de indenização e, por tal razão, completamente descabida a multa cominatória fixada, mormente

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 168

se se atentar para valor tão elevado" (f. 65). Pede, assim, a procedência do recurso para que sejam julgados improcedentes os pedidos.

Contra-razões, às f. 67/69, pelo desprovimento do recurso.

O recurso merece apenas parcial provimento, no tocante ao pedido de decote da multa fixada na sentença.

Quanto aos demais capítulos, o julgado não merece qualquer reparo, mas somente uma ressalva, como se verá.

A apelante, ao contestar os pedidos contra ela deduzidos pela apelada, não negou os fatos afirmados na inicial, limitando-se a aduzir que, por ter vendido o imóvel a terceiro, em 30.04.1999, não seria responsável pelo débito cobrado pela Prefeitura de Uberlândia à recorrida.

É imperioso frisar que, no presente caso, não está em discussão a responsabilidade tributária pelo pagamento das taxas de água e esgoto ao Município de Uberlândia, mas o cumprimento da obrigação expressamente firmada entre as litigantes.

Com efeito, ao firmarem a retrovenda, pactuaram as partes que a recorrente ficaria responsável pelo pagamento dos tributos relativos ao imóvel, incidentes a partir daquela data, conforme se vê do instrumento do contrato, à f. 07.

Assim, não resta qualquer mínima dúvida de que a apelante deve ser obrigada a indenizar a recorrida pelo que esta pagar (ou já houver pagado) na execução fiscal que lhe move o Município da Uberlândia, uma vez que a dívida se refere a tributos incidentes a partir de junho de 1999.

O nobre Juiz *a quo* andou muito bem ao assentar que a alienação do imóvel pela apelante, após a retrovenda firmada com a apelada, constitui *res inter alios* em relação a esta última e em nada obsta a responsabilidade civil daquela.

Ao adquirir o imóvel, responsabilizou-se a apelante pelo pagamento dos tributos relativos a ele e, se não agiu de forma a evitar que a cobrança dos mesmos recaísse sobre a apelada, foi negligente, devendo ser obrigada a indenizar.

Se foi a apelante ou não quem se utilizou dos serviços de fornecimento de água e esgoto, trata-se de questão absolutamente alheia à controvérsia, que em nada obsta a procedência do pedido.

Não se nega, aqui, a responsabilidade tributária da recorrida. Mas, uma vez exigido dela o pagamento do débito, tem ela o direito de ressarcir-se contra a apelante, a fim de reclamar o cumprimento da cláusula expressa no contrato de retrovenda entre elas firmado.

Ressalvo apenas que o pagamento do valor dos tributos, pela apelante à apelada, ficará condicionado à prova do pagamento, por esta última, à Fazenda Pública Municipal.

Frise-se que tal ressalva não torna condicional a sentença, o que seria vedado pelo parágrafo único do art. 460 do CPC. Condicional, *in casu*, é apenas a obrigação material litigiosa, o que é absolutamente admissível

Quanto aos danos morais, também não merece amparo a irresignação recursal.

O fato de uma pessoa ver-se domandada em juízo por uma obrigação de que se pensava imune, por si só, presume-se, gera transtornos e aborrecimentos que abalam a sua integridade psíquica.

E, se não bastasse, a apelada precisou ainda ajuizar a presente demanda para ver-se indenizada pelos danos materiais sofridos ou evitar o seu empobrecimento, o que também, presume-se facilmente, gera desconforto e intranqüilidade indenizáveis.

Quanto ao montante da indenização, também foi fixado de forma razoável, não merecendo reparos, visto que, a par de compensar a vítima, a indenização por danos morais não pode se ressentir de seu escopo pedagógico, qual seja desestimular o ofensor da prática futura de atos semelhantes.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 169

Considerando que, para simples casos de protesto indevido de títulos ou de inscrição indevida do nome de consumidores em cadastros restritivos de crédito, este Tribunal tem julgado que o valor das indenizações por danos morais deva ser estabelecido em valor equivalente a 20 (vinte) salários mínimos; o *quantum* fixado na sentença se revela até mesmo módico, levando-se em conta que o desassossego experimentado pela apelada é presumivelmente superior àquele sentido pelas vítimas, naqueles outros casos.

Reduzir o valor estabelecido na sentença, portanto, implicaria renunciar ao escopo pedagógico da indenização, o que não se pode admitir, mormente se considerado que a apelante julga que o cumprimento de sua obrigação constitui mera caridade para com a apelada.

Por fim, como se disse, o recurso só merece provimento na parte em que pede o decote do pagamento da multa fixada no julgado para o caso de descumprimento da condenação por danos morais.

É que a condenação, *in casu*, é de pagamento de quantia certa, só sendo cabível a multa, nos termos do art. 287 do CPC, no caso de preceitos cominatórios.

Nesse sentido, a jurisprudência do egrégio STJ é assente, *v.g*. e *mutatis mutandis*:

> Processual civil. Fazenda Pública. Obrigação de pagar quantia certa. *Astreintes*. Não-cabimento. Precedente. Divergência jurisprudencial não demonstrada.
> - 1. Consoante a jurisprudência do STJ, em se tratando de obrigação de fazer (art. 461, § 4º, do CPC), bem como de entrega de coisa (art. 461-A, § 3º, do CPC), o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar multa cominatória contra a Fazenda Pública para forçá-la ao cumprimento da obrigação no prazo determinado.
> - 2. No entanto, na hipótese de obrigação de pagar quantia certa, predomina no STJ o entendimento de que 'a multa é meio executivo de coação, não aplicável a obrigações de pagar quantia, que atua sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer, ele próprio, a obrigação decorrente da decisão judicial. [...] Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730, e CF, art. 100)' (REsp nº 784.188/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* de 14.11.2005) [...] (REsp 371.004/RS - Rel. Min. João Otávio de Noronha - Segunda Turma - j. em 07.03.2006 - *DJ* de 06.04.2006, p. 254).

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação apenas para decotar da sentença a multa fixada para o caso de atraso no pagamento da indenização por danos morais e condicionar a exigência do pagamento da indenização por danos materiais à efetiva comprovação da quitação da dívida fiscal, pela apelada.

Custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, como da sentença.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Cláudia Maia e Eulina do Carmo Almeida.*

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - IPSM - POLICIAL MILITAR - MORTE - EX-CÔNJUGE - DIVÓRCIO - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - ADMISSIBILIDADE

Ementa: Agravo de instrumento. Ação ordinária. Tutela antecipada. Mulher divorciada. Pensão por falecimento de ex-marido.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 170

- Se a mulher divorciada recebia pensão alimentícia do ex-marido, vindo este a falecer, tem ela direito à pensão previdenciária na mesma proporção que percebia anteriormente à data do falecimento.

AGRAVO N° 1.0024.06.266760-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Instituto de Previdência dos Servidores Militares de Minas Gerais - IPSM - Agravada: Terezinha Ornelas - Relator: Des. BELIZÁRIO DE LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2007. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Belizário de Lacerda - Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo da decisão agravada de f. 29/31-TJ, a qual nos autos da ação ordinária com pedido de antecipação de tutela para que a agravada fosse integrada imediatamente aos quadros de beneficiária do IPSM, bem como, tendo direito à assistência à saúde, com a entrega da carteira de saúde pelo IPSM, de seu ex-marido Cláudio Gomes Ferreira, cabo da reserva dos quadros da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, falecido no dia 13.11.2006, teve a medida parcialmente deferida para determinar a inclusão no prazo de cinco (05) dias como dependente do ex-militar, com o respectivo pagamento do benefício em valor correspondente a um (01) salário mínimo, conforme já deferido em pensão alimentícia, sob pena de multa diária de R$ 1.000.00 (mil reais).

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo da decisão agravada, visto entender irrelevante seu fundamento jurídico de pedir, haja vista os próprios articulados da decisão agravada, que assim se vaza:

> Vale ressaltar que, para efeitos previdenciários, o ex-cônjuge não perde a qualidade de dependente pela simples extinção do matrimônio. O fato de o art. 10, I, da Lei nº 10.366/90, a qual dispõe sobre o Instituto de Previdência dos Servidores Militares de Minas Gerais, não prever a inclusão de ex-esposa ou divorciada para fins de prestação previdenciária não retira da requerente o direito de ser beneficiária de pensionamento junto ao referido Instituto, mesmo porque a autora já fazia jus à pensão alimentícia, antes mesmo do falecimento do ex-marido.

Foram requisitadas informações e intimados os advogados da agravada para resposta, tudo no prazo comum de 10 (dez) dias e em consonância com a norma contida no art. 527 do CPC.

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

Requisitadas informações, o Magistrado *a quo* à fl. 92-TJ mantém a decisão agravada.

Intimada para resposta, a agravada deixa de manifestar-se, conforme se infere da certidão de f. 93-TJ.

Aberta vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta, por seu procurador Alceu José Torres Marques, à f. 95-TJ, deixa de opinar, visto entender que nos autos não se faz necessária a intervenção do Ministério Público.

Conheço do recurso.

Com o presente recurso pugna o agravante contra a decisão agravada, que deferiu parcialmente a medida antecipatória para que a agravada fosse incluída no prazo de cinco (05) dias como dependente do ex-militar, com o respectivo pagamento do benefício em valor correspondente a 1 (um) salário mínimo, con-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 171

forme já havia sido deferido em pensão alimentícia, sendo que a pensão alimentícia de dois salários mínimos pretendida pela agravada e acordada na ação de separação era dividida com a filha menor.

Todavia, argüi ainda o agravante sobre a impossibilidade da tutela antecipada ao argumento de que o ex-segurado requereu a sua exclusão de seu rol de dependentes e que o IPSM não paga pensão alimentícia, mas sim previdenciária, nos termos da legislação em vigor; que o ex-militar faleceu na condição de divorciado; que a agravada funda seus pedidos no fato de que anteriormente era alimentada pelo *de cujus*; que a pensão alimentícia, fruto da obrigação de mútua assistência prevista no art. 231, III, do CC/1916, proveniente do casamento, caracteriza-se por ser personalíssima, conseqüentemente, intransmissível. Assim, a morte do ex-segurado fez cessar a obrigação existente.

Contudo, não comungo da pretensão do agravante, visto entender que o Magistrado *a quo*, ao deferir parcialmente a tutela antecipada, levou em conta o preceituado no art. 273 do CPC, ou seja, a existência de prova inequívoca que convença da verossimilhança dos fatos alegados pelo autor, bem como o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação.

Já com relação à prova inequívoca, veja a seguinte doutrina de Cândido Rangel Dinamarco (in *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. Malheiros, 1996, p. 145):

> O art. 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz se convença da verossimilhança da alegação. A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza, e não mera verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que se imbuir do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor. Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar. O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência da prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar.

O Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.94, introduziu a tutela antecipada no processo de conhecimento, mas fixou os requisitos para a concessão da medida.

O dispositivo estabelece a necessidade da existência de prova inequívoca do fato, do qual decorre o direito do autor, e da verificação da verossimilhança da alegação, que se consubstancia na probabilidade mínima, nas palavras de Malatesta.

Mas o dispositivo não se satisfaz com os requisitos mencionados, exigindo, ainda, o receio de dano irreparável, ou abuso do direito de defesa.

Estão contidos nos incisos I e II do art. 273 do CPC os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Dessarte, veja a lição do eminente Des. Ernane Fidélis dos Santos (in *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*, p. 25), *verbis*:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 172

> ... tendo a medida antecipada, qualitativamente, reflexos do mesmo conteúdo do que se pretende no pedido, através do julgamento definitivo, para sua concessão não se admite a simples probabilidade de bom êxito do que se almeja com o pedido feito ou a se fazer, mas a prova que, por sua própria estrutura, gere convicção plena dos fatos e juízo de certeza da definição jurídica respectiva.

Com relação à prova inequívoca, veja a seguinte decisão do STJ:

> Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão. A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas (STJ - REsp113368PR, Rel. Min. José Delgado, in *DJU* de 19.05.97).

Ora, estou perfeitamente acorde com a manifestação da decisão agravada quando muito bem esclarece que:

> para os efeitos previdenciários, o ex-cônjuge não perde a qualidade de dependente pela simples extinção do matrimônio. O fato de o art. 10, I, da Lei nº 10.366/90, a qual dispõe sobre o IPSMG, não prever a inclusão de ex-esposa ou divorciada para fins de prestação previdenciária não retira da requerente o direito de ser beneficiária de pensionamento junto ao referido instituto, mesmo porque a autora já fazia jus à pensão alimentícia, antes mesmo do falecimento do ex-marido.

Assim, se a ex-mulher já recebia pensão alimentícia do ex-marido, falecendo esse, permanece o direito da primeira de continuar recebendo aquela pensão, agora sob guarida da pensão deixada pelo segurado.

No mesmo sentido, vejam-se as seguintes jurisprudências deste Tribunal de Justiça.

> Servidor público - Militar - Pensão - Ex-mulher - Comprovação de dependência econômica - Sentença mantida. - É devida a pensão por morte ao cônjuge divorciado dependente em vida do segurado falecido (Des. Alvim Soares, AC 340320-1, publicação do acórdão em 14.8.2003).
>
> Pensão previdenciária - Ex-esposa divorciada - Pensionamento - Dependência. - A mulher que vem percebendo pensão na condição de ex-esposa pode desfrutar de idêntico benefício por morte de seu ex-marido, apesar de divorciada, ainda que a lei estadual não inclua a ex-esposa dentre os beneficiários da pensão. O que se deve buscar é a condição de dependente (Des. Antônio Hélio Silva, AC 171440-1, acórdão publicado em 11.12.2000).
>
> Ementa: Pensão previdenciária - Falecimento do alimentante - Recebimento da pensão - Direito da divorciada - Admissibilidade. - A mulher, mantendo o direito pensão alimentícia devida pelo ex-marido quando do divórcio, terá direito de participar da pensão previdenciária deixada por morte daquele, no mesmo valor fixado por ocasião do divórcio (Apelação Cível nº 141.829-2. Relator: Exmo. Sr. Des. Garcia Leão).

É válido acrescentar ainda o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> O só fato de a recorrente ter-se divorciado do falecido e, à época, dispensado os alimentos não a proíbe de requerer a pensão por morte, uma vez devidamente comprovada a necessidade e, *in casu*, até mesmo a sua dependência econômica enquanto estavam separados. Precedentes análogos. Recurso conhecido e provido (STJ - REsp 472742/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 31.03.2003, p. 00259).

Assim, a pensão alimentícia deverá ser mantida, porque a mulher separada ou divorciada por determinação legal tem direito de continuar percebendo os alimentos na proporção que foram fixados por ocasião do divórcio.

Faço aqui alusão ao ensinamento de Yussef Said Cahali:

> se a divorciada recebia pensão alimentícia do ex-marido, vindo este a falecer, tem ela direito à pensão previdenciária, cujo pagamento deve ser na mesma proporção do que ela percebia, anteriormente, pelo falecido militar, aplicando-se, por analogia, as disposições da

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 173

Lei Estadual nº 8.284/82 (*Jurisprudência Mineira* 119/139).

Por tais fundamentos, é que ao agravo nego provimento.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Heloísa Combat e Alvim Soares.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MASSA FALIDA - AUTOR - AÇÃO ORDINÁRIA - COMPETÊNCIA - JUÍZO CÍVEL - PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE FALIMENTAR - *VIS ATTRACTIVA* - NÃO-OCORRÊNCIA - ART. 76 DA LEI 11.101/2005 - EXCEÇÃO

Ementa: Agravo de instrumento. Massa falida. Ação em que a massa é autora. Competência. Juízo Comum. Exceção ao princípio da indivisibilidade falimentar.

- A competência para apreciar e julgar as ações em que a massa falida figurar como autora ou litisconsorte ativa é do Juízo Comum. Trata-se de exceção ao princípio da unidade ou indivisibilidade do Juízo Falimentar.

- Inteligência do art. 76 da Lei 11.101/2005.

AGRAVO n° 1.0024.06.278635-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Massa Falida Uniauto Adm. de Consórcio Ltda. repda. pelo síndico Sérgio Mourão Correa Lima e outros - Agravada: Consavel Adm. de Consórcios Ltda. - Relator: Des. MAURÍCIO BARROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2007. - *Maurício Barros* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelos agravantes, o Dr. Sérgio Mourão Correa Lima.

O *Sr. Des. Maurício Barros* - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos de uma ação ordinária movida por Massa Falida de Uniauto Administradora de Consórcios Ltda. e Massa Falida do Consórcio Nacional Liderauto Ltda. contra Consavel Administradora de Consórcios Ltda, que declinou da competência para o processamento e julgamento da aludida ação para uma das Varas Cíveis da Comarca de Belo Horizonte, determinando a sua redistribuição (f. 264-TJMG).

As agravantes sustentam, em síntese, que a ação ordinária versa sobre a validade ou a eficácia dos atos praticados durante as liquidações extrajudiciais das falidas (dentro do termo legal da quebra), os quais implicaram a transferência não onerosa da clientela (ativo) das empresas recorrentes, através de instrumento particular de contrato de transferência de documentos e fundos concernentes à administração de grupos de consórcio, com condição suspensiva e outras avenças (cópia f. 77/90), reduzindo a quase nada as massas falidas, acar-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 174

retando, conseqüentemente, prejuízo para os credores. Afirmam a necessidade de aplicação do disposto no art. 7º, § 2º, do Decreto-lei 7.661/1945, que preconiza o princípio da universalidade do Juízo Falimentar.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do despacho de f. 278.

Não há contraminuta, tendo em vista que não se completou a formação da relação processual.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 284/285, manifestou-se pelo improvimento do agravo.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

As agravantes ajuizaram ação ordinária visando à declaração da obrigação da agravada de arcar com o passivo perante os grupos dos consorciados, ou a cobrança do valor correspondente à clientela transferida sem ônus à recorrida, a ser apurado através de perícia, em decorrência de contrato de transferência (cópia às f. 77/90).

O MM. Juiz da 1ª Vara Empresarial declinou da competência para uma das Varas Cíveis da Comarca de Belo Horizonte, sob o fundamento de que, sendo as massas falidas as autoras da referida ação, o Juízo Falimentar não é competente para o processamento e julgamento do feito, nos termos do art. 7, § 3º, do Decreto-lei 7.661/1945, reproduzido pelo art. 76, *caput*, da Lei 11.101/2005.

Como se vê, é incontroverso que a demanda diz respeito a negócios e interesses da Massa Falida.

O art. 76 da Lei 11.101/2005, que repete a regra contida no art. 7º, § 2º, do revogado Decreto-lei 7.661/1945, dispõe que:

> O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Verifica-se, pois, que a regra geral é a competência do Juízo Falimentar para todas as ações propostas após a declaração de falência, nas quais se discuta a respeito de bens, interesses e negócios da Massa. A exceção, vista claramente no art. 76 da Lei 11.101/2005, está correlacionada às ações não reguladas na lei falimentar, em que a Massa Falida seja autora ou litisconsorte ativa.

Nesse sentido é a lição de Rubens Requião:

> O princípio da unicidade ou indivisibilidade do juízo falimentar sofre, entretanto, por motivos de ordem pública, algumas limitações e exceções, determinadas em lei, e que merecem ser referidas desde já.
> a) O § 3º do art. 7º determina que não prevalecerá a indivisibilidade do juízo da falência quando se tratar de ações não reguladas na própria Lei de Falências, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte. Sendo a massa falida promotora, em seu interesse, da ação contra terceiro, não se justifica que o demandado seja acionado em juízo fora de seu domicílio. Abre-se, nesse caso, exceção ao princípio da unidade falimentar, bem como quando a massa falida comparecer em juízo como litisconsorte, de outra parte, com ela dividindo a posição de autora. 'As ações não reguladas pela Lei de Falências, nas quais a massa falida é autora ou litisconsorte, não são atraídas pelo foro do processo falimentar (TJRS, 2ª Câm. Civ., Bol. Jur. Adcoas, nº 36.963/75)' (*Curso de direito falimentar*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, p. 87).

Assim, o exame dos autos permite concluir que se está diante de uma exceção ao princípio da universalidade do Juízo Falimentar. Figurando massa falida no pólo ativo e não estando regulada pela Lei de Falências, a ação não é atraída pelo foro do processo falimentar.

A propósito, a jurisprudência deste Tribunal:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 175

Conflito - Competência - Vara Cível/Vara Falimentar - Massa falida - Parte autora - Incorrência da *vis attractiva* - Inteligência do art. 7º, § 3º, do Decreto-lei 7661/1945. - A *vis attractiva* não prevalece se a massa falida é autora ou litisconsorte (8ª Câmara Cível, Conflito Negativo de Competência nº 000.329.721-5/00, Rel. Des. Pedro Henriques, j. em 26.06.2003);

Ação de cobrança - Falência - Competência do juízo cível - Custas diferidas para o final do processo, nos termos do art. 124, § 1º, c/c 208, § 1º, do Decreto-lei 7.661/45. - A competência do juízo cível para julgar ação de cobrança é em razão da matéria e, por isso, absoluta, motivo pelo qual não há que ser aplicada a regra do art. 7º, § 2º, do Decreto-lei 7.661/45, mas sim a norma de seu § 3º (...) (2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 368.972-7, Rel. Des. Roberto Borges de Oliveira, j. em 18.06.2002).

Enfim, não têm razão as recorrentes.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, ao final.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - De acordo.

O Sr. Des. Mauro Soares de Freitas - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO - APROVAÇÃO - DOENÇA - AIDS - EDITAL - PREVISÃO - AUSÊNCIA - NEGATIVA DE POSSE - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - VIOLAÇÃO - CONCESSÃO DA ORDEM

Ementa: Remessa oficial. Ação de mandado de segurança. Concurso público. Candidato portador doença não constante de edital como eliminatória. Negativa de posse. Princípio constitucional da isonomia e regras do edital violados. Segurança concedida. Sentença confirmada.

- O art. 5º da Constituição da República veda a discriminação entre as pessoas e garante o direito à igualdade.

- O edital constitui a lei do concurso e a investidura do candidato está limitada às suas exigências.

- A negativa de investidura de candidato decorrente de ser ele portador de doença não considerada eliminatória é irregular, porque representa tratamento discriminatório vedado na Constituição da República, além de violar as regras do edital.

Remessa oficial conhecida.

Sentença confirmada em reexame necessário.

REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0145.06.307435-8/001 - Comarca de Juiz de Fora - Remetente: Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública e Autarquias Municipais da Comarca de Juiz de Fora - Autor: Carlos Roberto Evangelista - Réu: Diretor-Geral do Departamento Municipal de Limpeza Urbana de Juiz de Fora - Relator: Des. CAETANO LEVI LOPES

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 176

Acórdão

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

Belo Horizonte, 22 de maio de 2007. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

O *Sr. Des. Caetano Levi Lopes* - Conheço da remessa oficial porque presentes os requisitos de admissibilidade.

O apelado aforou a presente ação de mandado de segurança contra ato do Diretor do Departamento Municipal de Limpeza Urbana de Juiz de Fora - Demlurb. Aduziu que prestou concurso para o cargo de auxiliar de serviços, foi aprovado e convocado para o exame médico admissional, e o exame hematológico constatou que ele era soropositivo para o vírus HIV. Afirmou que obteve indicação favorável do médico para a posse no cargo, mas o impetrado negou-se a praticar o ato. Entende que houve discriminação, vedada pelo princípio constitucional da isonomia e que foi violado o direito líquido e certo dele de acesso ao trabalho. O impetrado defendeu a legalidade do ato. Pela r. sentença de f. 78/82, a segurança foi concedida.

Remessa oficial.

O *thema decidendum* consiste em verificar se a negativa de investidura do impetrado em cargo público fere seu direito líquido e certo.

Anoto que o apelado carreou com a petição inicial os documentos de f. 12/37. Destaco os de f. 4 e 5 comprovando que ele foi aprovado em concurso público e convocado para comparecer ao Departamento de Pessoal. Merecem atenção o exame hematológico de f. 34, com resultado reagente para HIV, bem como o parecer médico de f. 36, pelo qual não há contra-indicação para o serviço almejado pelo paciente. A autoridade impetrada juntou, com as informações, cópia do edital de concurso de f. 52/71. Estes os fatos.

Quanto ao direito, sabe-se que o *writ* é concedido para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus ou habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação por parte de autoridade.

Uma das características fundamentais do *mandamus* é a existência de direito líquido e certo. Este é o que não padece de dúvida no momento da impetração. Nesse sentido, ensina Hely Lopes Meirelles, na obra *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 25:

> Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Por outro norte, o Estado *lato sensu*, em sua atividade, inclusive quando promove o concurso público, deve observar os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e, dentre eles, os princípios da isonomia e da legalidade.

O princípio da isonomia consiste na proibição de dispensar tratamento desigual aos destinatários, tanto na elaboração da lei como na sua aplicação, conforme lição de Alexandre de Moraes, em *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 181:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 177

> O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, diante do legislador ou do próprio Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que eles possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade do intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.
>
> A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

No mesmo sentido, a lição de José Afonso da Silva em *Curso de direito constitucional positivo*, 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 217:

> A concepção de que o princípio da igualdade perante a lei se dirige primariamente ao legislador avulta a importância da igualdade jurisdicional. Pois, se o princípio se dirigisse apenas ao aplicador da lei, bastaria a este respeitar o princípio da legalidade e o da igualdade estaria também salvo. No sentido da concepção exposta, que é a correta e pacificamente aceita, o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei, em termos que especificaremos mais adiante.(...).

O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: 1) como interdição ao juiz de fazer distinções entre situações iguais, ao aplicar a lei; 2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

O ato administrativo, portanto, deve revestir-se de legalidade estrita. É o que preleciona José Cretella Júnior, em *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. I, p. 17:

> O exercício da função administrativa é dominado pelo princípio básico denominado princípio da legalidade ou da legalitariedade, adotado expressamente pelo nosso direito positivo, como, aliás, pelo dos diversos países do mundo.
>
> Expresso por um juízo categórico e necessário, segundo o qual a Administração também está submetida à lei (suporta a própria lei que fizeste *legem patere quam fecisti*), o princípio da legalidade assume vital importância no âmbito do direito público, assinalando que as autoridades administrativas, nas decisões que tomam, têm de conformar-se à lei ou, mais precisamente, à legalidade, formada por um conjunto de regras de direito, consubstanciadas, em sua maior parte, nas leis formais.
>
> Quer as decisões administrativas individuais, quer os atos administrativos regulamentares, isto é, medidas particulares ou gerais, enfim, todas as atividades das autoridades administrativas devem obedecer a regras gerais pré-traçadas.
>
> É o grande princípio que domina a atividade administrativa - o da submissão da Administração à legalidade *lato sensu*, sentido tradicional da antiga expressão Estado legal.

Na mesma esteira, acrescenta, ainda, Hely Lopes Meirelles, em *Direito administrativo brasileiro*, 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86:

> Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 178

> administrador público significa 'deve fazer assim'.
> As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe.

Na espécie em análise, o apelado foi aprovado em concurso público e convocado para os exames admissionais. O edital de concurso prevê apenas a exigência de atestado médico, firmado por médicos particulares ou conveniados, em data posterior à publicação da lista de aprovados, informando que o candidato está apto a realizar a prova de capacitação física (f. 65).

Aqui, a autoridade impetrada, nas informações, afirma à f. 49 que a negativa de investidura não é conseqüência do fato de ser o apelado portador do vírus HIV, mas em decorrência dos efeitos da doença, que o impediriam de exercer plenamente a função. Entretanto, o parecer médico de f. 36, expressamente, informa que "... não há contra-indicação para o serviço almejado pelo paciente do ponto de vista HIV-AIDS...".

Portanto, houve mesmo afronta às regras do edital e tratamento discriminatório contra o candidato, malferindo os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia. Força é concluir que houve ofensa ao direito líquido e certo do impetrante, o que torna correta a ordem concedida.

Com esses fundamentos, confirmo a sentença em reexame necessário.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Francisco Figueiredo e Nilson Reis.*

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

-:::-

AÇÃO ANULATÓRIA - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - SFH - DL 70/66 - CONSTITUCIONALIDADE - DEVEDOR - NOTIFICAÇÃO - AUSÊNCIA - NULIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Ementa: Anulatória. Execução extrajudicial. DL 70/66. Constitucionalidade. Falta de notificação do devedor. Nulidade.

- Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, o Decreto-lei 70/66 foi recepcionado pela Constituição Federal; contudo, suas determinações devem ser estritamente observadas para a validade do leilão extrajudicial.

- A falta da notificação prevista no § 1° do art. 31 do Decreto-lei 70/66 acarreta a nulidade da execução extrajudicial.

Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL n° 1.0024.04.333676-7/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Edmilson Tavares de Souza - Apelados: Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. - BDMG, Estado de Minas Gerais - Relator: Des. AUDEBERT DELAGE

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 179

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 AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2007. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Audebert Delage - Trata-se de apelação interposta por Edmilson Tavares de Souza em face da sentença de f. 403/406, que, nos autos de ação anulatória proposta contra o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais - BDMG e o Estado de Minas Gerais, após extinguir o processo em relação ao BDMG, nos termos do art. 267, VI, do CPC, julgou improcedente o pedido inicial, condenando ainda o apelante nos ônus sucumbenciais, suspensa a exigibilidade da verba em virtude da assistência judiciária deferida.

Noticiam os autos que o apelante aforou ação anulatória relatando ser mutuário do Sistema Financeiro de Habitação - SFH e que, em face dos reajustes elevados, tornou-se inadimplente, sendo que o imóvel foi levado a leilão extrajudicial, nos moldes do Decreto-lei 70/66. Busca a declaração de nulidade do referido leilão.

Nas razões recursais de f. 409/437, o apelante preliminarmente aponta a legitimidade do BDMG para figurar no pólo passivo da lide, a nulidade do processo diante da inexistência de audiência de conciliação, bem como diante da ocorrência de cerceamento de defesa em face da ausência de dilação probatória no tocante à regularidade do leilão judicial, além da ausência de oportunidade para a apresentação de memoriais. Quanto ao mérito alega que não foi intimado a tempo e modo do leilão extrajudicial, não bastando a ciência de sua esposa, argumentando ainda que a eleição do agente fiduciário foi unilateral, em ofensa à norma do art. 30 do DL 70/66. Além disso, assevera que não há nos autos prova de que teriam sido entregues os dois avisos de débito, nos termos do art. 31, inciso IV, do DL 70/66. Aponta ainda a inconstitucionalidade do Decreto-lei 70/66, ante a impossibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório e também pela limitação da apreciação da matéria pelo Judiciário, que, nos moldes preconizados, só poderá apreciar a matéria depois de efetivada a transcrição no Registro de Imóveis da carta de arrematação. Aponta ainda a impossibilidade de discussão acerca da formação, certeza e liquidez do débito. Assevera ainda que, *in casu*, sequer as determinações do Decreto-lei 70/66 foram observadas, já que a eleição do agente fiduciário foi feita de forma unilateral, em afronta às disposições do art. 30, § 2°, do DL 70/66, tendo o Estado de Minas Gerais apresentado documentos sem qualquer comprovação quanto à autenticidade. Informa que nenhuma das duas cartas de cobrança foi enviada, conforme determinado pelo art. 31, inciso IV, do DL 70/66, e que não houve notificação pessoal do mutuário de que o imóvel iria ser praceado. Alega ainda que os editais foram publicados de maneira irregular, não respeitando o prazo e modo. Também não reconhece como líquido, certo e exigível o débito objeto da execução, pois não fora respeitada a periodicidade e eqüidade com que foi reajustado seu salário. Bate-se ao final pela nulidade parcial do feito, a nulidade do leilão ou a iliquidez do contrato de financiamento.

Como relatório adoto ainda o da r. decisão, acrescentando que as contra-razões foram devidamente apresentadas.

A douta Procuradoria de Justiça com vista dos autos manifestou-se pela desnecessidade de intervenção no feito.

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

Inicialmente, improcedente a tese dos apelantes de ser o BDMG parte legítima para figurar no pólo passivo da ação.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 180

De fato, o contrato em discussão foi celebrado entre os autores e o Banco do Estado de Minas Gerais S.A. - Bemge. Com a privatização deste último, o Estado de Minas Gerais foi sub-rogado em todos os direitos e, em passo seguinte, por força do Decreto 39.819/98, foi lhe estendida a gestão dos títulos cedidos.

Tal convenção apenas visou a administração dos títulos, não foi o BDMG contemplado com a outorga da titularidade do negócio, o que, por certo, não sinaliza para qualquer hipótese de legitimidade passiva daquela entidade financeira na presente discussão.

Assim, rejeito a preliminar.

Alega ainda o recorrente, em preliminar, a nulidade parcial do feito diante da ausência de designação da audiência de conciliação, nos termos do art. 331 do CPC.

Tenho que não merece prosperar a tese, pois que, conforme vem reiteradamente decidindo a jurisprudência, a não-realização da referida audiência, por si só, não gera a nulidade do processo, porquanto às partes é permitido transacionar a qualquer tempo, mesmo após a prolação da sentença.

Além disso, não restou demonstrada a ocorrência de qualquer prejuízo capaz de ensejar a nulidade do feito, pois que, caso fosse intento do apelante transacionar por fim à demanda, poderia fazê-lo independentemente da realização do referido ato.

Nesse sentido a jurisprudência:

> Recurso especial. Processual civil. Servidor estadual aposentado. Ação ordinária. Audiência de conciliação inexistente. Art. 331 do CPC. Violação não caracterizada. - Conforme entendimento desta Corte, a norma do dispositivo supracitado tem como objetivo dar maior agilidade ao processo, mas, em verdade, as partes podem transigir a qualquer momento. Assim, a não-realização da audiência de conciliação não deve importar em nulidade do processo, o que só acarretaria prejuízos, de toda a sorte, para ambas as partes. Violação não caracterizada. Recurso desprovido (STJ, Quinta Turma, REsp 252400/AM, Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 13.09.2000, *DJ* de 23.10.2000, p. 166).

> Audiência de conciliação. Apresentação do rol de testemunhas. Nulidade. - Não importa nulidade do processo a não-realização da audiência de conciliação, uma vez que a norma contida no art. 331 do CPC visa a dar maior agilidade ao processo, e as partes podem transigir a qualquer momento... (STJ, Terceira Turma, Relator: Min. Eduardo Ribeiro, REsp 242322/SP, j. em 21.02.2000, *DJ* de 15.05.2000, p. 161).

Assim, rejeito a preliminar.

Aponta o apelante a ocorrência de cerceamento de defesa diante da ausência de oportunidade de dilação probatória no tocante ao leilão extrajudicial.

A meu sentir, o cerceamento de defesa apontado não merece acolhida.

Ocorre que, instado a dizer, de forma justificada, as provas que pretendia produzir, o apelante foi expresso ao requerer a produção da prova pericial, conforme se vê à f. 365.

Além disso, à f. 399 expressamente admitiu:

> Destarte, o autor entende que a prova pericial produzida é prova de iliquidez do débito ao momento da execução extrajudicial, não sendo necessária produção de quaisquer outras provas...

Assim, nenhuma nulidade contamina a instrução do feito. O apelante expressamente manifestou a suficiência da prova pericial produzida, dispensando a produção de qualquer outra espécie probatória.

Dessa forma, não há que se falar em ocorrência de cerceamento de defesa.

Preliminar rejeitada.

Ainda em sede preliminar, aponta o apelante a ocorrência de cerceamento de defesa, ante a ausência de oportunidade para a apresentação de alegações finais pelas partes. Igualmente não trouxe a parte a demonstração de qualquer prejuízo diante da não-apresenta-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 181

ção do memorial, não se observando no feito qualquer ofensa ao contraditório.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal:

> Quando nada se acrescentar ao processo que exija a realização dos debates finais antes da sentença e tendo sido respeitado amplamente o contraditório no decorrer do feito, não há que se falar em cerceamento de defesa pela ausência de apresentação de memorial, ante a falta de demonstração de qualquer prejuízo às partes interessadas, que pudesse conduzir à nulidade da sentença.
> Ocorrendo a alienação de bem do devedor ao tempo em que contra o mesmo havia sido ajuizada execução, capaz de reduzi-lo à insolvência, caracterizada está a fraude à execução, independentemente de se perquirir acerca da boa ou má-fé do adquirente (Apelação Cível nº 0314674-5/2000, Rel. Des. Edilson Fernandes, j. em 23.08.2000, unânime).
>
> Nulidade - Prejuízo - Ausência. - Não se decreta nulidade decorrente de falta de vista para alegações finais se a parte interessada não alega nem demonstra prejuízo (Apelação Cível nº 284221-3, Rel.ª Des.ª Vanessa Verdolim Andrade, j. em 15.06.1999, unânime).

Assim, rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito.

Inicialmente, consigno que, ao contrário das lançadas no apelo, tem-se que a execução extrajudicial prevista no Decreto-lei 70/66 foi recepcionada pela CF 88, uma vez que todas as suas fases podem ser apreciadas pelo Judiciário, não havendo que se falar em quebra dos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que é facultada à parte a argüição judicial de todas as etapas do procedimento extrajudicial.

O STF também já se manifestou acerca da constitucionalidade do referido decreto:

> Ementa: Execução extrajudicial. Decreto-lei 70/66. Constitucionalidade. - Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, visto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto *a posteriori*, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido (STF, 1ª Turma, RE 223.075-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 23.06.1998).

Contudo, verifico que o procedimento extrajudicial adotado pelo apelado se encontra eivado de irregularidades.

Inicialmente, saliento que o art. 29 do Decreto-lei 70/66 assegura ao agente financeiro e credor, em caso de inadimplência do devedor, duas opções: executar o débito na forma do Código de Processo Civil ou na forma nele prevista, podendo, ainda, utilizar-se do procedimento especial previsto na Lei 5.741/71.

Caso adote a execução extrajudicial, o devedor deverá ser notificado para o pagamento do débito, o qual, não ocorrendo, autoriza o credor a publicar os editais de leilão do imóvel hipotecado. A sistemática consagrada no art. 31 do Decreto-lei 70/66 dá conta de que a notificação dos devedores deve ser pessoal, por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos. Apenas na hipótese de o devedor encontrar-se em lugar incerto ou não sabido é que estará o agente fiduciário autorizado a promover a notificação por edital e, nesse caso, mister haja certidão do oficial detalhando essa circunstância. A simples ocultação do devedor não dá direito à notificação via edital, sendo imprescindível para tanto o total desconhecimento do paradeiro do credor, sob pena de nulidade do ato, e, conseqüentemente, do leilão porventura realizado.

In casu, não existem provas de que tenha sido tentada a notificação pessoal do devedor, antes da realização do leilão, para eventual purgação de mora, de acordo com a exigência prevista no § 1º do art. 31 do Decreto-lei 70/66, *in verbis*:

> Art. 31. Vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este Decreto-lei formalizará ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida, instruindo-a com os seguintes documentos:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 182

(...)
§ 1º Recebida a solicitação da execução da dívida, o agente fiduciário, nos dez dias subseqüentes, promoverá a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe o prazo de vinte dias para a purgação da mora.
§ 2º Quando o devedor se encontrar em lugar incerto ou não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao agente fiduciário promover a notificação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local, ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

Diante de tal alegação, cabia ao apelado, nos termos do inciso II do art. 333 do CPC, a prova da possível notificação. Mas tal providência não foi demonstrada, sendo trazidos aos autos apenas os editais e a carta de ciência referentes à realização do leilão.

Tal formalidade é essencial e sua inobservância acarreta a nulidade da execução extrajudicial.

Nesse sentido:

Ação anulatória de leilão extrajudicial. Cautelar. Decreto-Lei 70/66. Impugnação específica. Artigo 302 do CPC. Ausência. Efeitos.
- (...)
- Impõe-se a declaração de nulidade do leilão extrajudicial de imóvel hipotecado, se não verificado o cumprimento dos exatos e precisos termos do procedimento inscrito no Decreto-lei 70/66, especialmente em seus arts. 31 e seguintes (1ª CC TAMG, AC nº 339.774-6, Rel. Juiz Silas Vieira, j. em 28.06.2001).

Ante tais considerações, dou provimento ao recurso, para julgar procedente o pedido inicial e decretar a nulidade da execução extrajudicial, bem como dos efeitos dela decorrentes.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Moreira Diniz e Dárcio Lopardi Mendes.*

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO DE ALUGUÉIS - EMBARGOS DO DEVEDOR - FIADOR - ACORDO SEM ANUÊNCIA - NOVAÇÃO - INEXISTÊNCIA - EXONERAÇÃO DE FIANÇA - ENTREGA DAS CHAVES

Ementa: Execução de aluguéis. Embargos do devedor. Fiador. Acordo sem anuência. Novação. Inexistência. Responsabilidade. Entrega das chaves.

- Acordando locador e locatário apenas sobre as condições de pagamento do débito e reparos no imóvel, não há que se falar em novação e conseqüente exoneração de fiança, uma vez que não houve a substituição da relação jurídica, com mudança do devedor, do credor ou do objeto de prestação.

- A teor do disposto no art. 39 da Lei 8.245/91, a fiança se estende até a efetiva devolução do imóvel, considerando-se a mesma efetivada quando da entrega das chaves, principalmente quando tal é estipulado em contrato.

APELAÇÃO CÍVEL N° 2.0000.00.495128-8/000 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Mauro Vieira de Assis, Lúcia Helena Resende Vieira de Assis, Osvaldo Eustáquio de Queiroz, Eliana Guimarães de Queiroz - Apelado: José Torres Franco - Relator: Des. VALDEZ LEITE MACHADO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 183

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2007. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Valdez Leite Machado - Mauro Vieira de Assis e sua esposa Lúcia Helena Resende Vieira de Assis, Osvaldo Eustáquio de Queiroz e sua esposa Eliana Guimarães de Queiroz ajuizaram embargos do devedor em face de José Torres Franco, que lhes move execução por título executivo extrajudicial.

Argüiram, preliminarmente, que há ausência de título executivo, visto que o embargado não especifica em qual título se baseia a execução.

No mérito, alegaram que houve novação entre o embargado e o locatário por meio de declaração recíproca, na qual as partes fixaram novas obrigações sem comunicação e anuência dos fiadores, ora embargantes.

Aduziram que, se o locador firmou novo contrato com o embargado, entregando-lhe as chaves do imóvel e renegociando o valor da dívida, os fiadores não podem ser responsabilizados.

Afirmaram que a cláusula penal é nula.

Requereram a extinção da execução.

O embargado apresentou impugnação às f. 18/25, alegando que a execução se baseia no contrato de locação, assinado pelo locatário, pelos fiadores, ora embargantes, e pelas testemunhas.

Aduziu que a declaração recíproca não constituiu novação, uma vez que não houve ânimo das partes para extinguir a primeira obrigação pela segunda.

Asseverou que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável ao caso em julgamento.

Às f. 30/34, sobreveio aos autos a r. sentença, em que o MM. Juiz julgou os embargos improcedentes, condenando os embargantes a pagar as custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor total do débito.

Inconformados com a r. sentença, os embargantes apelaram, argüindo, preliminarmente, que não possuem legitimidade passiva *ad causam*, requerendo exclusão da lide, alegando que, no documento denominado declaração recíproca, acostado aos autos, eles, que eram fiadores, não tiveram conhecimento de cláusulas e condições de efetiva entrega do imóvel.

Aduziram que o locador promoveu uma novação sobre a locação e ao mesmo tempo manteve íntegro o contrato anterior.

Afirmaram que a própria inicial da execução exclui da planilha de débito parcela recebida em face da transação feita.

Disseram que o MM. Juiz afirmou que o locatário tentou quitar o débito de uma forma mais ágil, sem majorar o valor da dívida, no entanto, foi através do documento que recebeu, confessadamente, a quantia de R$5.000,00, excluída da execução, além de cheques e notas promissórias, que efetivamente substituíram as obrigações decorrentes do contrato.

Asseveraram que o locador abriu mão da participação dos fiadores na avença, conforme declaração recíproca, mas condicionou o retorno dos mesmos às obrigações anteriores, sem o consentimento deles.

No mérito, alegaram que o mesmo se confunde com a preliminar, uma vez que o cerne da questão é a validade ou não do adiantamento contratual, denominado “declara-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 184

ção recíproca", celebrada entre o locador e o locatário.

Aduziram que o locador recebeu as chaves do imóvel no dia em que foi assinada a "declaração recíproca".

Prequestionaram o alegado no recurso, nos termos da Súmula 214 do STJ.

Colacionaram arestos que entenderam atinentes ao caso em julgamento.

Requereram que fosse dado provimento ao recurso, modificando-se a r. sentença recorrida.

Às f. 58/66, o apelado apresentou as contra-razões, batendo-se pela manutenção da r. sentença.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Inicialmente, conforme argüido pelos próprios apelantes, tenho que a preliminar de ilegitimidade passiva levantada pelos mesmos se confunde com mérito, pelo que passarei direto à análise do mérito.

Como preliminar, rejeito a mesma.

No tocante à argüição dos fiadores, ora apelantes, de ocorrência de novação do contrato locatício e conseqüente exclusão dos mesmos da execução, pelo fato de não terem participado da alegada "declaração recíproca" de f. 16/17, dos autos de execução, tenho que por si só não lhes dá o direito de serem excluídos da responsabilidade decorrente da fiança, pois em citado documento há apenas um acordo acerca de parcelamento da dívida e reparos no imóvel locado, o que não se confunde com novação, pois, enquanto esta ocorre quando há substituição da relação jurídica, com mudança do devedor, do credor ou do objeto da prestação, o parcelamento da dívida altera tão-somente as condições de pagamento. Assim, não se aplica ao caso em julgamento o disposto no art. 366 do CC/02 (art. 1.006 do CC/1916), o qual exonera o fiador em caso de novação.

A jurisprudência é no mesmo sentido:

> O parcelamento não se confunde com a novação, que implica substituição da relação jurídica, com mudança do devedor, do credor ou do objeto da prestação; o parcelamento, ao contrário, mantém a relação jurídica e repercute apenas nas condições de pagamento. - 2. A obrigação contraída de que tratam os autos simplesmente confirma a obrigação primitiva, o que não constitui novação, visto que ficou caracterizado que o credor apenas concedeu ao devedor avalista forma de parcelamento da dívida, objeto da ação de execução. - 3. Recurso improvido (TAMG - AI 0292136-4 - 2ª CC - Rel. Juiz Batista Franco - j. em 09.11.99).

Além de meu entendimento ser no sentido de não ter ocorrido novação, tenho que os fiadores realmente devem ser responsabilizados por dívidas decorrentes do contrato de locação, uma vez que os mesmos afirmam que a entrega das chaves se deu no dia da assinatura da "declaração recíproca" (30.10.1999); não havendo provas nos autos de entrega das chaves em data anterior, portanto, devem ser responsabilizados por todos os débitos executados anteriormente à citada data.

Depreende-se, do contrato de locação (f. 10/13, autos de execução), em cláusula 7º, que a responsabilidade dos fiadores é até a entrega das chaves:

> Cláusula 7º: Da Fiança - Ficam os fiadores solidários a todas as obrigações assumidas neste contrato pelo locatário afiançado, até a efetiva entrega das chaves do imóvel locado, renunciando os fiadores a quaisquer direitos explícitos em lei civil.

Observa-se da memória de cálculo de f. 05 dos autos de execução que os débitos locatícios executados são referentes aos meses de fevereiro de 1999 a outubro do mesmo ano; portanto a responsabilidade dos fiadores, embargantes, é referente a todos os débitos, considerando-se que a entrega das chaves se deu em 30.10.1999, conforme esposado supra.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 185

Com uma avença tão clara, realmente não há como os fiadores não serem responsabilizados no caso em comento, visto que é claro no contrato que a responsabilidade dos mesmos é até a entrega das chaves, restando, também, claro nos autos que a entrega das chaves ocorreu após os débitos executados, pois, caso contrário, de nada valeriam as contratações.

O art. 39 da Lei 8.245/91 é de clareza meridiana ao dispor:

"Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel".

Nesse passo, deve o fiador cumprir o prometido e arcar solidariamente com o pagamento dos aluguéis e demais encargos até a entrega das chaves.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp/SP nº 40374-0, através de sua 6ª Turma, decidiu:

> Locação. Fiança. Contrato prorrogado. Cláusula contratual em que os fiadores, de modo expresso, se responsabilizam até a 'entrega das chaves' e abrem mão, de modo expresso, dos benefícios do art. 1.500 do Código Civil. Validade. - A inovação nesse aspecto, trazida pela Lei 8.245/91 em relação à Lei 6.649/79, foi a de que esta última norma legal, no caso de prorrogação da fiança, juntamente com o contrato de locação, por tempo indeterminado, determinava a necessidade de expressa previsão no termo ajustado entre as partes para a vigência da garantia até a devolução do imóvel, o que se verifica no caso em tela, na cláusula contratual relativa à fiança (f. 12), mostrando-se indiferente, no entanto, a utilização da legislação atual ou da vetusta que regulava a espécie.

Esse o entendimento de outros tribunais do País:

> Quando, pelo contrato de locação, o fiador se obriga até a restituição das chaves do imóvel locado, tem-se, conseqüentemente, que a fiança foi assinada sem limitação de tempo, atendendo-se à prorrogação da locação *ex vi legis* (in *Adcoas*, 1980, nº 74.596).

Sendo assim, tenho que a r. sentença primeva deve ser mantida, uma vez que a improcedência dos embargos à execução realmente se impõe.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença recorrida.

Custas recursais, pelos apelantes.

O Sr. Des. Elias Camilo - Com relação à matéria debatida nos autos, gostaria apenas de ressaltar que, na hipótese dos autos, a locação foi pactuada pelo prazo de 30 (trinta) meses - no período de 10 de janeiro de 1999 a 10 de julho de 2002 -, conforme contrato de f. 07/13 dos autos de execução em apensos, sendo que os aluguéis e encargos da locação objeto de execução abrangem o período de fevereiro de 1999 a outubro de 1999 (f. 05/06). Portanto, conclui-se que os aluguéis e encargos se mostram, indiscutivelmente, de responsabilidade solidária dos fiadores que firmaram o contrato de locação.

Com essas observações, acompanho o douto Relator.

A Sr.ª Des.ª Hilda Teixeira da Costa - Acompanho o eminente Relator, concordando com as observações do eminente Desembargador Revisor.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

HOSPITAL - TRATAMENTO MÉDICO - UTI - INTERNAÇÃO - SOGRA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - CONTRATO - NORA - ASSINATURA - DESPESA - COBRANÇA -

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 186

ESTADO DE PERIGO - MANIFESTAÇÃO DE VONTADE - VÍCIO DE CONSENTIMENTO - ANULABILIDADE - PARENTESCO POR AFINIDADE - ART. 156 DO CÓDIGO CIVIL - APLICABILIDADE - INTERESSE SOCIAL - PREVALÊNCIA - VOTO VENCIDO

Ementa: Cobrança. Despesas de internação hospitalar e unidade de terapia intensiva. Estado de perigo. Vício na manifestação de vontade.

- Não procede a cobrança de despesas hospitalares e de internação em unidade de terapia intensiva se o contrato de prestação de serviços foi firmado por pessoa abalada emocionalmente, uma vez que a manifestação de vontade ofertada por quem se encontra em estado de perigo não pode ser vinculada ao negócio jurídico.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.507713-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Lifecenter Sistema Saúde S.A. - Apelada: Deize Lopes dos Reis - 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, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 2 de maio de 2007. - *Otávio Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

O *Sr. Des. Otávio Portes* - Reunidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal, conhece-se do apelo.

Trata-se de ação de cobrança proposta por Lifecenter Sistema de Saúde S.A. em face de Deize Lopes dos Reis, em que pretende receber a quantia de R$ 6.043,70 (seis mil e quarenta e três reais e setenta centavos), relativa ao tratamento médico dispensado à Sr.ª Neide Filomena Alves, inclusive internação em unidade de terapia intensiva.

O MM. Juiz monocrático julgou improcedente o pedido inicial (f. 150/158), sob o fundamento de que o contrato firmado entre os litigantes padece de vício, denominado estado de perigo, o que causa a anulabilidade do negócio, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$1.200,00 (mil e duzentos reais).

Inconformada, apela Lifecenter Sistema de Saúde S.A. (f. 160/165), alegando que o estado de perigo não restou comprovado, mormente se se considerar que a apelada não é parente de Neide Filomena Alves, mas apenas sua nora, situação esta não prevista pela norma do art. 156 do Código Civil, cabendo à recorrida arcar com as despesas médico-hospitalares que assumira, estando a merecer reparos a r. sentença proferida em primeiro grau.

Contra-razões recursais às f. 168/170.

Revelam os autos que Lifecenter Sistema de Saúde S.A. pretende a satisfação de crédito proveniente de despesas de internação de Neide Filomena Alves, sogra da apelada, no valor total de R$ 6.043,70 (seis mil e quarenta e três reais e setenta centavos), embasando seu pedido no "Contrato de Prestação de Serviços Hospitalares" de f. 64/66, assinado pela recorrida no ato da internação.

Dessa feita, nota-se que a relação jurídica estabelecida entre as partes tem amparo no Estatuto Consumerista - Lei 8.078/90 -, que, em seu art. 46, assegura que "os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 187

conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance", e no art. 51, inciso IV, prevê a possibilidade de se declarar a nulidade das cláusulas contratuais abusivas, que onerem em demasia o consumidor, colocando-o em desvantagem exagerada em face do prestador de serviço, ou as que sejam incompatíveis com os princípios da boa-fé e da eqüidade.

Em observância aos referidos princípios, o novo Código Civil - Lei nº 10.406, de 10.01.02, em vigor desde 12.01.03 - instituiu o chamado "estado de perigo", definindo-o como aquele em que

> quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Nos dizeres de Fernando R. Martins, "o estado de perigo é erigido tendo por base três valores fundantes, os quais, além de essenciais à sua compreensão, ao mesmo tempo justificam a racionalidade sempre investigada no sistema, especialmente quando da interação havida entre a Constituição Federal e o Código Civil (...) Daí os valores fundantes do estado de perigo: dignidade da pessoa humana, boa-fé e função social do contrato" (*Estado de perigo no Código Civil*, Saraiva, 2007, p. 105), e se define como

> uma autolesão patrimonial por parte do devedor (seja indivíduo ou grupo), já que é ele quem perfaz a declaração pelo negócio jurídico, comprometendo notavelmente seu patrimônio, devido à existência de uma dano grave, real ou imaginário, que na realidade nem precisa ocorrer na prática, mas sobrevive na consciência do promitente e no conhecimento da contraparte, a qual restará altamente beneficiada ante uma contraprestação tímida e desproporcional (op. cit., p. 166).

Para Renan Lotufo,

> há momentos em que o indivíduo, pela angústia e para preservar bem maior ou alheio, é capaz de um auto-sacrifício patrimonial, além de sua solvabilidade, desequilibrando profundamente as prestações (*in* MARTINS, Fernando R. *Estado de perigo no Código Civil*. Saraiva, 2007, p. 167).

Maria Helena Diniz, a seu turno, elucida que:

> no estado de perigo haverá temor de grave dano moral ou material à pessoa que compele o declarante a concluir contrato, mediante prestação exorbitante. Pelo art. 156 do Código Civil, ter-se-á estado de perigo quando alguém, premido pela necessidade de salvar-se, ou pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa (*in* MARTINS, Fernando R. *Estado de perigo no Código Civil*. Saraiva, 2007, p. 167).

O recorrente recebeu em suas dependências, em 09.03.2004, a paciente Neide Filomena Alves, sogra da apelada, tendo a família, no momento da internação, solicitado seu cadastramento na Central de Leitos do SUS, sendo que a recorrida se responsabilizou pelo pagamento particular das despesas da referida enferma, através de um contrato de prestação de serviços, uma vez que o hospital não é credenciado ao Sistema de Saúde Pública.

Importante assinalar que a sogra da requerida foi atendida no pronto-socorro do hospital autor em razão de ter-se sentido mal em um laboratório que funciona no mesmo prédio do referido nosocômio, tendo a família informado sobre a impossibilidade de arcar com as despesas de internação, permanecendo a doente sob os cuidados do recorrente até o seu óbito em razão da falta de leitos disponíveis em UTI na rede pública.

Dessa feita, incontestável que a apelada, quando da assinatura do contrato de prestação de serviços firmado com a apelante, se encontrava em situação de desespero ante a enfermidade de sua sogra, com o progressivo agravamento do seu estado de saúde, que, inclusive, a levou a óbito apenas 02 (dois) dias depois da internação na UTI do hospital apelado, não se podendo validar o negócio jurídico existente entre os litigantes, já que a manifestação de vontade está viciada.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 188

O certo é que o negócio jurídico concluído em estado de perigo é anulável, uma vez que a vontade manifestada não atende à função econômico-social do contrato e, passado o perigo sob cuja iminência foi celebrado o negócio jurídico, o vício permanece, sendo passível de anulação.

Surpreendente e totalmente descabida a assertiva da recorrente de que não resta caracterizado o estado de perigo em razão de a paciente ser apenas sogra da apelada, não havendo nenhum parentesco a justificar a aplicação da norma do art. 156 do Código Civil.

Isso porque, no parágrafo único do referido art. 156, veio embutida numa noção de cláusula geral a possibilidade de a anulabilidade ser estendida a terceiros que não o declarante nem seus parentes, mormente se se considerar que o grave dano previsto na norma é dirigido à pessoa.

A propósito, Fernando R. Martins esclarece que:

> bem pudera referida determinação, considerando que, se o objetivo modela-se à preservação da pessoa humana, não seria justo restringi-la somente ao declarante e seus familiares (*Estado de perigo no Código Civil*. Saraiva, 2007, p. 176).

Dessa feita, a atitude do apelante de promover cobrança demasiada fundada em manifestação de vontade viciada pelas circunstâncias em que foi ofertada não merece prosperar, haja vista que, havendo conflito entre a vontade exarada e o interesse social, deve este prevalecer, afastando da ordem jurídica qualquer tentativa de cobrança abusiva.

Mediante tais considerações, nega-se provimento ao recurso, mantendo integralmente a decisão proferida em primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

O Sr. *Des. Nicolau Masselli* - De acordo.

O Sr. *Des. Batista de Abreu* - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL. O RELATOR E O REVISOR NEGAVAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Presidente Batista de Abreu - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 25.04.2007, a meu pedido, após o Relator e o Revisor negarem provimento à apelação.

Nesta oportunidade, ouso divergir dos votos que me antecederam, para dar provimento à apelação.

Trata-se de um pedido de cobrança que o Hospital Lifecenter ofereceu em face de recusa da apelada porque esta internou sua sogra para tratamento, no hospital. Terminado o tratamento, apresentou-se a conta, de R$ 6.000,00 (seis mil reais), e a responsável pelo tratamento, a nora, uma enfermeira, auxiliar de enfermagem, negou-se a fazer o pagamento.

O pedido inicial foi julgado procedente, aplicando-se, no caso, o conhecido e famoso estado de perigo. Divirjo, *data venia*, para dar provimento à apelação.

Na exoneração da obrigação, além de ser demonstrado o estado de perigo, a obrigação anulável há de ser excessiva. Não é qualquer internação que gera o estado de perigo, porque, de modo geral, todas são e requerem cuidados. E o preço há de ser excessivo, o que não aconteceu no presente caso.

Assim sendo, com essas ligeiras fundamentações, dou provimento à apelação, para julgar procedente o pedido inicial, condenando a apelada ao pagamento da dívida descrita na inicial, invertendo o ônus da sucumbência.

Custas, pela apelada.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 189

AÇÃO DE COBRANÇA - PLANO DE SAÚDE - VALORES PAGOS - REEMBOLSO - PROCEDIMENTOS SEM EXCLUSÃO EXPRESSA - NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - CLÁUSULA CONTRATUAL - REDAÇÃO DÚBIA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICAÇÃO

Ementa: Ação de cobrança. Plano de saúde. Reembolso dos valores pagos. Procedimentos não excluídos expressamente. Redação dúbia de cláusulas. Alegação do consumidor. Não-comprovação do plano de saúde. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

- Ao consumidor que contratou plano de saúde para resguardar-se de eventual necessidade de tratamento e assistência médico-hospitalares e que paga as mensalidades devidas em dia não pode ser negada cobertura de cirurgia e tratamento de urgência, sem que haja expressa restrição no contrato firmado.

- Não havendo nos autos prova expressa de negativa, a presunção da cobertura milita em favor do consumidor, seja por ser a parte hipossuficiente, seja porque a obrigação da operadora contratada era de oferecer tratamento e assistência à saúde.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.532310-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Unimed-BH - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Apelados: Dirce Diniz Mendes 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, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, USANDO DE PRERROGATIVA REGIMENTAL, REJEITAR PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2007. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Pedro Bernardes - Trata-se de ação de cobrança ajuizada por João Mendes em face de Unimed-BH - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., em que o MM. Juiz *a quo*, nas f. 273/275, julgou procedente o pedido inicial, para condenar a requerida ao pagamento da quantia de R$ 7.198,36 (reembolso das despesas médicas e hospitalares).

Inconformado com a r. sentença, a ré interpôs apelação (f. 289/303), alegando, preliminarmente, que não foi feita a substituição processual após o óbito do autor; que a sentença deve ser declarada nula, tendo em vista que não houve a regularização da representação processual. No mérito, alega que o apelado celebrou contrato de prestação de serviços médico-hospitalares com a apelante, em 1995, não regulamentado pela Lei 9.656/98; que, de acordo com a cláusula 8, "o", os serviços contratados pelo apelado compreendem aqueles especificados na tabela de honorários médicos da Unimed, que é fornecida pela apelante como parte integrante do contrato; que, corroborando a informação, a cláusula 4, "c", do contrato dispõe claramente que são cobertos exames de laboratório e de RX nos locais designados e constantes da Tabela de Honorários Médicos da Unimed-BH; que os exames excluídos da tabela e realizados pelo apelado não possuem cobertura contratual; que o contrato celebrado entre as partes expressamente exclui, em sua cláusula 8, cobertura para radioterapia, sendo que tal cláusula foi redigida em destaque e é de fácil compreensão; que existem vários julgados que respaldam o apelo da parte ré; que o contrato celebrado entre as partes atende a todas as disposições do CDC, não havendo qualquer nulidade; que o CDC permite a inserção de cláusulas restritivas de direito, desde que redi-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 190

gidas de forma clara, em destaque, permitindo seu fácil entendimento pelo consumidor; que o CDC foi concebido para proteção ao consumidor, mas essa proteção não é absoluta a ponto de desorganizar a vida social e econômica, para gerar o rompimento do ponto de equilíbrio financeiro do contrato; que, quando a apelante calcula o valor das prestações a serem pagas pelo consumidor, assume que aquele valor é suficiente para manter o ponto de equilíbrio financeiro, respeitando-se as carências e as cláusulas contratuais; que, como a cirurgia e o exame pretendidos pelo apelado não possuem cobertura contratual, a obrigação imposta à apelante de arcar com os custos dos mesmos desequilibra o contrato a favor do consumidor; que, se a apelante tiver que reembolsar os procedimentos médicos pretendidos pelo apelado, tal reembolso deve obedecer ao valor constante da Tabela de Honorários da Unimed-BH, visto que o atendimento dos procedimentos de forma particular possui valor muito superior aos praticados na referida tabela.

O apelado apresentou contra-razões (f. 306/311), alegando que, nos termos do art. 265, § 1º, *b*, do CPC, o processo só se suspenderá a partir da publicação da sentença para a substituição processual em caso de morte; que, no caso dos autos, não houve qualquer irregularidade. No mérito, alega que, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas do direito do consumidor devem vir redigidas em destaque, estando eivada de vícios e de nulidade a cláusula 8, "o"; que o contrato era de adesão, sendo que o consumidor não tem a opção de escolha das condições a que deseja aderir; que não há rompimento do equilíbrio contratual em face da nulidade e abusividade da mencionada cláusula contratual; que o pedido de reembolso apenas dos valores da tabela está desprovido de fundamentos, porque os valores dos recibos demonstram os valores pagos e porque a apelante não acostou os valores que seriam devidos conforme a referida tabela.

Preparo devidamente efetivado à f. 304.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Preliminar de nulidade da sentença por irregularidade de representação.

Compulsando os autos, verifica-se o falecimento do autor, noticiado à f. 278, juntamente com a certidão de óbito de f. 279 e o pedido de habilitação, juntamente com a procuração dos herdeiros.

Ressalte-se que tais documentos foram juntados após a publicação da sentença, não havendo qualquer motivo para declarar sua nulidade.

Por outro lado, o incidente de habilitação foi regularmente instaurado e decidido, conforme f. 321/325, sem que fosse interposto qualquer recurso da referida decisão.

Rejeito, pois, a preliminar.

Mérito.

Inicialmente, impende ressaltar que a incidência do Código de Defesa do Consumidor à relação *sub judice* é incontestável, enquadrando-se a apelante perfeitamente no conceito de fornecedora, conforme dispõe o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90, e o autor na qualidade de consumidor do serviço prestado.

> O contrato adesivo que coloca no mercado planos de saúde, avença regulada através de um contrato de prestação de serviços médicos, na sua execução, está sujeito à aplicação do Estatuto Consumerista, visto que evidenciada a condição de fornecedora de serviços da cooperativa contratada, tendo figurado como destinatária a consumidora final, elementos que caracterizam uma relação de consumo, nos moldes dos arts. 2º e 3º do CDC. A saúde, bem relevante à vida e à dignidade da pessoa humana, foi elevada na atual Constituição Federal à condição de direito fundamental, não podendo ser, portanto, caracterizada como simples mercadoria, nem pode ser confundida com outras atividades econômicas. Sendo detectada a natureza abusiva de cláusula contratual, possibilita ao Judiciário declarar a sua ineficácia (TAMG - Apelação Cível nº 324.266-6 - Rel. Juiz Edílson Fernandes - *DJ* de 14.02.01).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 191

Assim, tal contrato deve ser interpretado em favor do consumidor, ainda mais, no presente caso, em que a apelante não juntou qualquer prova de suas alegações. Verifica-se que a apelante juntou apenas um documento: o Anexo I da Resolução Normativa nº 82, que, segundo consta, trata-se da lista de cobertura obrigatória nos planos de assistência à saúde, nos termos do art. 10 da Lei 9.656/98.

Ocorre que tal documento não tem qualquer relação com a matéria discutida nos presentes autos, até porque a primeira alegação de mérito no recurso é no sentido de que a referida lei não é aplicável ao contrato em tela.

Portanto, o contrato que deve ser analisado é apenas o colacionado pela parte autora, qual seja o aditivo contratual de f. 13/14v. Isso porque consta do referido aditivo que,

> Pelo presente termo de aditamento contratual, as partes, já qualificadas no instrumento principal, de comum acordo, resolvem ampliar o contrato de prestação de serviços assistenciais que celebraram em 21.12.95, prevalecendo as alterações a partir de 1º.02.96, e o fazem mediante as seguintes cláusulas e condições: o de serviços assistenciais que celebraram em 21.12.95, prevalecendo as alterações de prestação à apelante.

Nos termos da cláusula 4.2 (f. 13),

> a Unimed-BH assegurará ao contratante e seus dependentes legais a internação hospitalar, em quarto privativo ou apartamento, para tratamento clínico ou cirúrgico limitada a 10 dias/ano por usuário (...).

Já a cláusula 4.3 expressamente estipula que:

> Estarão, também, assegurados aos usuários os seguintes serviços e direitos, desde que solicitados em decorrência de atendimento no plano previsto:
> a) unidade de terapia intensiva dentro da disponibilidade da rede contratada;
> b) hospitalização de urgência (internação) por equipes de plantão, em qualquer nível de gravidade, dia e hora de ocorrência nos hospitais conveniados, respeitando-se suas limitações técnicas e operacionais;
> c) serviços de enfermagem durante o período de internação hospitalar;
> d) taxas de utilização de instrumentais e de salas de cirurgia e parto;
> e) serviço de anestesia e analgesia;
> f) medicamentos prescritos pelos médicos assistentes e necessários à recuperação dos usuários, enquanto internados, desde que constem das tabelas oficiais de medicamentos;
> g) serviços especializados prescritos pelos médicos assistentes e necessários à recuperação dos usuários, enquanto internados, observados os limites da Tabela de Honorários Médicos da Unimed-BH [...].

Veja-se que o contrato em tela, para cada cláusula que garanta uma determinada cobertura, faz a exclusão em razão da referida tabela ou da disponibilidade da rede contratada, ou de tabelas oficiais de medicamentos, ou de alguma outra condição.

Como tais condições ou termos de tabelas não estão expressos no contrato, na verdade, o aderente não poderia saber o que estava contratando, sendo que, a meu ver, como bem ressaltado na sentença, tal fato permite a alteração unilateral da prestação de serviços contratada por parte da apelante.

A prestação de serviços contratada foi "em grande risco", sendo que, quando instada a autorizar os procedimentos que o autor necessitava, a apelante negou cada item do tratamento recomendado, conforme podemos ver nas f. 17/18.

Ora,

> O objeto principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes à futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso, no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, p. 192-193).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 192

Da narrativa, na inicial, constata-se que, "depois de constatado o tumor cerebral no dia 22.10.2004, o suplicante foi internado no Hospital Evangélico no dia 23.10.2004 e operado em caráter de urgência no dia 24.10.2004".

Portanto, está caracterizada a urgência, a necessidade de intervenção cirúrgica e a necessidade de prestação imediata de serviços especializados prescritos pelos médicos assistentes e necessários à recuperação dos usuários, exatamente nos termos das cláusulas supratranscritas. Por outro lado, o contrato (f. 13-v.) fez algumas restrições de cobertura, que, a meu ver, não abarcam a situação dos autos.

Tenho que as cláusulas contratuais conjuntamente analisadas favorecem interpretação dúbia, omissa, e trazem insegurança, pois, nos termos em que foram redigidas, o contratante acredita e cria a expectativa de cobertura, quando esta última fica excluída por tabelas, que vão sendo publicadas alheias ao contrato e de acordo com a exclusiva vontade da ré.

Da obra *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto,* extrai-se a seguinte lição:

> REDAÇÃO CLARA E COMPREENSÍVEL - O Código exige que a redação das cláusulas contratuais seja feita de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor para que a obrigação por ele assumida para com o fornecedor possa ser exigível.
> O cuidado que se deve ter na redação das cláusulas contratuais, especialmente das cláusulas contratuais gerais que precedem futuro contrato de adesão, compreende a necessidade de desenvolver-se a redação na linguagem direta, cuja lógica facilita sobremodo sua compreensão. De outra parte, deve-se evitar, tanto quanto possível, a utilização de termos lingüísticos muito elevados, expressões técnicas não usuais e palavras em outro idioma [...].
> É preciso também que o sentido das cláusulas seja claro e de fácil compreensão. De contrário, não haverá exigibilidade do comando emergente dessa cláusula, desonerando-se da obrigação o consumidor (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária - Comentários de Nelson Nery Junior ao artigo 46, p. 474-475).

O artigo 47 do CDC reza, expressamente, que: "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

Como se verifica nos autos, não há qualquer prova de que houve a restrição expressa para os procedimentos negados às f. 17/18. A presunção milita em favor do consumidor, seja por ser a parte hipossuficiente, seja porque a obrigação de prestação de assistência à saúde é o que se contratou e não há como arrimar-se em restrições não contratadas ou não provadas.

Nesse sentido, este Tribunal assim já decidiu:

> Seguro. Cláusula excludente. Clareza. Necessidade. Abrangência por demais ampla. Evento não excluído especificadamente. Interpretação benéfica ao segurado.
> - A cláusula excludente de cobertura deve ter interpretação restritiva, não se aplicando senão aos eventos diretamente ligados aos fatos excluídos, mantendo-se a cobertura de eventos outros, ainda que de alguma forma ligados àquele, se a ligação for remota ou indireta.
> - Na dúvida sobre a extensão da cláusula, aplica-se o art. 1.443 do CC, que obriga tanto o segurado como o segurador a guardarem boa-fé e veracidade se inclui a obrigação da seguradora de ser clara e precisa em suas cláusulas, mormente as que excepcionam a cobertura, sob pena de a cláusula, na dúvida sobre a sua extensão, ser interpretada em favor do segurado.
> - Não se desincumbindo a seguradora de comprovar que se trata de doença preexistente ou mesmo de comprovar o liame direto entre o evento que causou a morte do segurado e aquele excluído através de cláusula de abrangência demasiadamente ampla, decide-se em favor do segurado (Embargos Infringentes nº 251684-9/01, 1ª Câm. Cível do TAMG, Rel.ª Juíza Vanessa Verdolim, j. em 23.03.99).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 193

> Consumidor. Unimed. Plano de saúde Contrato de prestação de serviços de saúde. Cláusula de não-cobertura de transplante. Ausência de fundamento de validade na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e nas leis de mercado. Peculiaridades fáticas e jurídicas do caso.
> - A saúde, como bem intrinsecamente relevante à vida e à dignidade humana, foi elevada pela atual Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem. Assim, ela não pode ser caracterizada como simples mercadoria nem pode ser confundida com outras atividades econômicas.
> - O particular que presta uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, os de prestar assistência médica e integral para os consumidores dos seus serviços. Esse entendimento não se sustenta somente no texto constitucional ou no Código de Defesa do Consumidor, mas, também, e, principalmente, na lei de mercado de que quanto maior é o lucro, maior também é o risco. Em razão das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso, deve o plano de saúde ressarcir o consumidor das despesas médico-hospitalares decorrentes de transplante de fígado (TAMG - Ap. 0264003-9 - 4ª Câm. Cív. – Rel.ª Juíza Maria Elza - *DJMG* de 12.05.99).

Ainda que não fosse aplicável ao presente caso o Código de Defesa do Consumidor, a negativa de cobertura do parto atentaria contra a boa-fé objetiva e contra a função social, nos termos do Código Civil, e contra a dignidade da pessoa humana, princípio maior da CF/88.

Isso porque a cobertura de plano de saúde para uma pessoa que faleceu, em 2005, aos 65 anos de idade, tendo contratado "prestação de serviços assistenciais em grande risco" e já contribuía desde 1995, deve cobrir a cirurgia de urgência de que necessitou.

Após a publicação do novo Código Civil e na procura do equilíbrio contratual, o direito destaca o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade, havendo um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, pautando-se no princípio da boa-fé objetiva e na função social do contrato.

Nesse sentido:

> Ementa: Plano de saúde. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Não-atendimento na rede credenciada. Ausência de pagamento pelo plano. Rescisão contratual. Devolução das prestações. Danos materiais. Danos morais. Constrangimento evidenciado.
> - Evidenciada a relação de consumo entre as partes, há de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor, com inversão do ônus da prova e adoção da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, e, em se tratando de normas de ordem pública e de interesse social, por isso cogentes, podem ser ajustadas de ofício pelo juiz, conforme disposto no art. 1º da Lei 8.078/90.
> - Comprovando-se que a rescisão do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares se deu em decorrência da recusa de atendimento, por culpa da contratada, há de se deferir a devolução de todas as prestações pagas a título de mensalidade.
> - A quebra da expectativa de atendimento médico de qualidade, quando para isso contribui o consumidor, gera constrangimentos e sofrimentos, que devem ser indenizados a título de danos morais (Apel. Cível nº 443.838-6 - Rel.ª Des.ª Evangelina Castinho Duarte - TJMG).

Noutro giro, a apelante alega, em seu recurso, que não se poderia aplicar a Lei 9.656/98, haja vista que o plano mencionado é anterior a ela. Entretanto, sobreleva ressaltar, por oportuno, que "irrelevante é a discussão acerca da aplicação ou não da Lei 9.656/98 aos planos de saúde anteriores à chamada 'Lei de Plano e Seguro Saúde', porquanto a saúde fora tutelada pelo legislador constituinte, sendo elevada a cânone máximo da garantia à existência humana digna e em consonância com os demais postulados previstos na Carta Política", conforme posicionamento adotado pela eg. Terceira Câmara Cível no julgamento da Apelação Cível nº 406.208-8, Relator Juiz Mauro Soares de Freitas, em 19.11.03.

O objetivo precípuo da assistência médica contratada é o de restabelecer a saúde do paciente através, inclusive, dos meios técnicos

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 194

existentes no mercado, não devendo prevalecer, portanto, cláusula contratual que impeça a cobertura do procedimento cirúrgico na forma indicada pelo médico como sendo o tratamento adequado.

É da jurisprudência:

> O objetivo contratual da assistência médica comunica-se, necessariamente, com a obrigação de restabelecer ou procurar restabelecer, através dos meios técnicos possíveis, a saúde do paciente, confrontando-se com os princípios mencionados qualquer limitação contratual que impeça a prestação do serviço médico-hospitalar na forma pleiteada (TAMG - AC nº 402.122-7 - 7ª Câmara Cível - Rel. Juiz Unias Silva - j. em 26.06.03).

Assim, a ré não trouxe para os autos, como lhe competia trazer, nenhuma prova de que havia restrição expressa aos procedimentos necessitados pelo autor; não juntou a tabela a que aludiu por diversas vezes, o contrato ou qualquer outro documento que se relacionasse com a causa em comento.

A confirmação da bem-lançada sentença prolatada pelo MM. Juiz singular, que condenou a apelante no pagamento das despesas, é medida que se impõe.

Ora, tendo em mente que o apelado aderiu ao contrato de adesão e que o CDC busca justamente proteger a parte vulnerável na relação de consumo, deve-se desconsiderar a alegação de que o contrato excluiria a cobertura de microcirurgia de tumor cerebral, tendo em vista a falta de comprovação da referida alegação.

Finalmente, conclui-se que, não tendo constado no contrato a exclusão de cobertura para os procedimentos necessitados pelo autor, tenho que deve ser devolvido à parte autora o valor indicado pela sentença.

Quanto ao pedido de reembolso dos valores da tabela da Unimed, também não assiste razão à apelante.

No caso em comento, não foi possível a utilização dos serviços da apelante ou de seus credenciados, em razão da sua injustificável recusa, que não pode ser premiada, fazendo com que a parte autora arque com todos aqueles valores que já despendeu antecipadamente. A tabela só seria aplicável se tivesse havido a cobertura. O reembolso é do valor das notas fiscais apresentadas, e não dos valores constantes na tabela de referência da contratada.

Outrossim, se a pretensão é de que, para o reembolso, há de se observarem os limites das tabelas que adota, ficou a apelante com o ônus de trazer aos autos cópia das mesmas, o que não ocorreu, e, assim, fica obrigada a efetuar o pagamento do reembolso de acordo com os recibos apresentados pela parte autora.

Com isso, não se pode imaginar que uma pessoa pague as prestações de um plano de saúde não consiga dele se valer por recusa injustificada, socorra-se de serviços particulares, e, no momento do reembolso, receba o valor que o plano de saúde entende adequado.

Ademais, as notas fiscais juntadas pela parte apelada não contêm vício que desabone o pedido de reembolso e não foram objeto de impugnação quanto a seu teor.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, para manter a sentença nos moldes em que foi proferida.

Custas recursais, pela apelante.

O Sr. Des. Tarcísio Martins Costa - Peço vista.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Des. Revisor, quando, então, rejeitaram preliminar e o Relator negava provimento.

O Sr. Des. Tarcísio Martins Costa - Pedi vista dos autos para melhor análise do processado e, rogando vênia ao em. Des. Pedro Bernardes, lanço divergência parcial, como passo a expor.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 195

Manifesto a minha concordância com o direito ao reembolso. A usuária Dirce Diniz Mendes, substituta processual de João Mendes, ainda que realizando os exames requisitados por médico não credenciado, deverá receber da Unimed determinada quantia.

Alternativamente a apelante requer que,

> se tiver que reembolsar os procedimentos médicos pretendidos pela apelada, tal reembolso deve obedecer ao valor constante da Tabela de Honorários da Unimed-BH, posto que o atendimento dos procedimentos de forma particular possui valor muito superior aos praticados na referida Tabela.

Para isso, ousando me distanciar do em. Relator, entendo que há um limite para o reembolso: aquele praticado na tabela da Unimed.

Este Tribunal, em mais de uma vez, já enfrentou casos similares e decidiu pela limitação do reembolso.

Seguem alguns julgados acolhendo a pretensão, limitando os valores àqueles constantes na tabela para cobertura de despesas:

> Ementa: Ação de indenização. Plano de saúde. Disponibilização, no mercado, de plano com cobertura mais abrangente. Ausência de comunicação ao consumidor. Despesas com tratamento de saúde em hospital de categoria superior, não acobertado pelo plano contratado. Ressarcimento de todo o valor despendido. Descabimento. Indenização. Valor previsto na tabela correspondente ao plano contratado. Procedência parcial.
> - O Código de Defesa do Consumidor, ao determinar que seja prestada ao consumidor informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (art. 6º, III), objetiva que o consumidor possa ser esclarecido, no momento da contratação, sobre todos os produtos disponíveis no mercado para que tenha a chance de escolha. Não pretende o CDC, com a referida norma, que o prestador de serviços continuados, como é o caso dos planos de saúde, esteja sempre informando seus clientes sobre os novos produtos que disponibiliza no mercado, cabendo ao consumidor buscar o produto que atenda às suas necessidades.
> - Os contratos de plano de saúde, por sua natureza, equiparam-se aos contratos de seguro, sendo que em ambos há a limitação e particularização dos riscos, o que reflete diretamente no preço na mensalidade, de forma que a ré não pode ser compelida a fornecer um serviço pelo qual não recebeu a devida contraprestação.
> - Se o consumidor realiza tratamento médico em hospital não acobertado pelo plano de saúde por ele contratado, não faz ele jus ao reembolso da quantia total despendida, mas apenas do valor que teria o plano de saúde desembolsado se o tratamento tivesse se realizado em um hospital incluído na cobertura.
> Súmula: Deram parcial provimento (Processo nº 1.0040.99.000021-4/001 – Rel.ª Des.ª Heloísa Combat - j. em 31.08.06 – publ. em 11.10.06).

> Ementa: Plano de saúde. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Internação em hospital não credenciado. Tratamento de urgência. Possibilidade. Reembolso das despesas devido. Valores. Tabela. - É devido o reembolso das despesas médicas e hospitalares efetuadas pelo paciente, quando se conjugar a ocorrência de uma situação de urgência ou emergência - o reembolso dos valores gastos pela parte contratante deve ser o previsto na tabela da contratada, sob pena de desequilíbrio do contrato.
> Súmula: Negaram provimento a ambos os apelos (Processo nº 1.471.03.014289-0/001 - Rel. Des. José Flávio de Almeida – j. em 24.05.06 – publ. em 22.07.06).

> Ementa: Civil. Ação cominatória. Cumprimento de contrato de prestação de serviços médicos. Unimed-BH. Internação em hospital conveniado à Unimed-paulista, praticamente de tabela majorada própria. Existência de especialista na área de cobertura da Unimed-BH [...] Emergência não provada. CDC. Aplicabilidade no que couber. Reembolso. Cabimento parcial. Valor. Tabela da Unimed-BH. Sentença mantida. Recurso não provido.
> - Nos contratos de natureza consumerista, as partes têm liberdade parcial na elaboração

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 196

das cláusulas, para não ferir direitos personalíssimos protegidos na CF.
- Nos contratos de plano de saúde, as cláusulas restritivas devem ser interpretadas de modo a proteger a vida e a dignidade da pessoa humana, para que o contratante/segurado não se veja em situação de risco iminente, ao necessitar de internação ou tratamento emergencial.
- Nos contratos de prestação de serviço médico, em caso de atendimento do contratante em hospital conveniado de Unimed co-irmã do Sistema, a cooperativa contratada deve-se limitar a reembolsar o valor previsto em sua tabela, sob pena de desequilíbrio do contrato. Súmula: Negaram provimento (Processo nº 2.0000.00.507634-4/000 - Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino - j. em 20.10.05 - publ. em 1º.12.05).

Com tais considerações, dá-se parcial provimento ao apelo da Unimed-BH - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. para acolher a pretensão recursal que estabelece como limite, para reembolso, os valores constantes da tabela da Unimed-BH.

Em razão da sucumbência parcial, pagará a apelante 60% das custas processuais, das custas recursais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação.

A parte apelada pagará 40% das custas processuais e das custas recursais, suspensa a exigibilidade em razão da assistência judiciária.

O Sr. Des. José Antônio Braga - Acessei os autos e cheguei à mesma conclusão do em. Des. Revisor.

Admitir o reembolso de quantias além daquelas permitidas pela tabela da Unimed é quebrar a isonomia, pois, se o usuário do plano de saúde está sujeito a uma limitação, deve ser extensiva a todos.

O Sr. Des. Pedro Bernardes - Sr. Presidente, pela ordem.

Conhecendo os fundamentos dos eminentes Revisor e Vogal, vejo que têm razão Suas Excelências, no sentido da limitação ao reembolso à tabela da apelante. De modo que também estou, em reposicionamento, dando parcial provimento, nos termos do voto dos eminentes Revisor e Vogal.

Súmula - USANDO DE PRERROGATIVA REGIMENTAL, REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO DEMOLITÓRIA - PRÉDIO - ÁREA COMUM - EDIFICAÇÃO - NÃO-AUTORIZAÇÃO - UNIDADE AUTÔNOMA - CONDOMÍNIO - LEI 4.591/64 E NORMAS MUNICIPAIS - VIOLAÇÃO - DEMOLIÇÃO - IMPOSIÇÃO

Ementa: Ação demolitória. Alteração da fachada do prédio. Construção edificada no terraço da unidade autônoma. Convenção de Condomínio, Lei 4.591/64 e normas municipais. Violação. Autorização dos condôminos. Ausência. Procedência dos pedidos iniciais.

- Tendo o conjunto probatório demonstrado à saciedade que a construção erguida no terraço da unidade autônoma pelo réu feriu a Convenção de Condomínio, a Lei 4.591/64 e as normas municipais, é de se deferir o pedido de demolição.

APELAÇÃO CÍVEL n° 1.0024.05.626467-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Luiz Alberto Tellechea Costa - Apelado: Condomínio Residencial São Bento - 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

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 197

votos, EM DAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 11 de abril de 2007. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Saldanha da Fonseca - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Luiz Alberto Tellechea Costa em face da r. sentença de f. 312/316, que, nos autos da ação demolitória ajuizada pelo Condomínio Residencial São Bento, julgou procedentes os pedidos iniciais para determinar a demolição total da construção realizada sobre a loja 83, 2º piso do condomínio comercial Center São Bento, no prazo de vinte dias, sob pena de ser realizada pelo autor, a expensas do réu, assim como ao pagamento das custas processuais e honorários sucumbenciais.

Irresignado, requer o apelante o julgamento do agravo retido de f. 169. Suscita, em sede de preliminar, nulidade do julgado por cerceamento de defesa e julgamento *citra petita*, bem como carência de ação por falta de interesse processual. No mérito, alega que a obra erguida sobre sua loja não compromete o conjunto arquitetônico do condomínio, não altera a fachada do prédio e não causa prejuízo ao autor. Pleiteia a cassação ou reforma da decisão objurgada.

Nas contra-razões de f. 338/353, o autor bate pela manutenção da sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Agravo retido.

Durante a audiência de instrução e julgamento (f. 168/171), o Juízo monocrático indeferiu o requerimento de assistência judiciária pleiteado pelo agravante, ao argumento de que o réu não comprovou, através de contracheque ou declaração de rendimento, que preenchia os requisitos insertos no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Tenho que, diversamente do decidido pelo Juízo *a quo*, o pedido de gratuidade deve ser deferido ao réu.

É que se encontra pacificado neste Tribunal que declaração assinada pelo requerente em que conste expressamente que não possui condições financeiras suficientes para arcar com as custas do processo sem prejuízo próprio e de sua família, como a colacionada à f. 120 dos autos, possui presunção *juris tantum*, podendo ser repelida somente por prova contrária contundente, o que não se verifica no caso vertente.

Nesta linha de conta, o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, ao meu viso, não revogou o art. 4º da Lei 1.060/50.

Assim, defiro ao agravante os benefícios da assistência judiciária, retroativos à audiência de instrução e julgamento, realizada em 5 de setembro de 2005.

Preliminares.

Cerceamento de defesa.

Aduz o apelante que a r. sentença hostilizada é nula, porquanto consubstanciado o cerceamento de defesa.

Como cediço, ocorre cerceamento de defesa quando o magistrado impede que as partes produzam as provas necessárias para aferição de aspectos relevantes da causa, em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, nada há na espécie a autorizar entendimento de que o Juízo *a quo* cerceou o direito de defesa do apelante. Pelo contrário, o que se depreende dos autos é uma instrução processual plena e completa, inclusive com realização de prova pericial em que se oportunizou a todos os destinatários do provimento, autor e réu, a ampla possibilidade de deduzir e discutir suas teses jurídicas.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 198

A alegação de que "a imprudência do Magistrado singular impediu a contemplação do contraditório" não prospera, pois o apelante poderia, a tempo e modo oportunos, ter recorrido da decisão que determinou a apresentação do comprovante de rendimentos. Ao quedar-se inerte, até a data da audiência de instrução e julgamento, quando poderia, inclusive, ter agravado de instrumento para ter a pretensão de produzir prova testemunhal, sem o recolhimento das custas, dirimida desde logo, viu precluir seu direito.

Ainda que assim não fosse, o réu poderia ter levado as testemunhas a juízo independentemente da intimação judicial para produzir a sua prova, já que devida e oportunamente arroladas.

É de se ver, ainda, que a instrução processual abordou com exatidão todos os pontos necessários para um resultado válido, servindo de base para formar a convicção do juízo, na forma do art. 436 do Código Processual Civil.

Em suma, não vejo qualquer mácula a amparar o pedido vindicado, pelo que rejeito a preliminar.

Julgamento *citra petita* - carência de ação.

Cumpre analisar a alegação de decisão *citra petita* formulada pelo apelante.

Como de sabença, a decisão é *infra petita* quando não examina todas as questões propostas pelas partes.

Alega o recorrente que o Juiz sentenciante não apreciou a preliminar de carência de ação por falta de interesse processual, levantada na peça de defesa.

Com efeito, o Magistrado primevo, ao proferir o despacho saneador de f. 136, decidiu que a preliminar de carência de ação por falta de interesse processual se confundia com o mérito, e como tal seria analisada no *decisum* final.

Desta feita, observa-se que o defeito jurídico de sentença *citra petita* não ocorreu no caso em análise, havendo perfeita harmonia entre os pedidos, o que foi invocado pelo réu em sua defesa e o que ficou decidido.

Registre-se, por oportuno, que o interesse processual do autor restou sobejamente demonstrado no caso em tela, consubstanciado no binômio necessidade-utilidade da entrega da prestação jurisdicional.

Isso posto, rejeito as preludiais de nulidade da decisão por julgamento *citra petita* e carência de ação.

Mérito.

Compulsando os autos, observo que o autor, ora apelado, buscou uma prestação jurisdicional de preceito cominatório com o fito de fazer o apelante demolir a construção erguida sobre a sua loja no condomínio Center São Bento, feita em ofensa à Convenção de Condomínio do referido edifício, às normas municipais e à Lei nº 4.591/64.

De fato, e como bem ressaltado pelo autor, da leitura conjugada do art. 3º da Lei nº 4.591/64 - que dispõe sobre o condomínio em edificações - com a Convenção de Condomínio, ressai que o terraço do edifício é insuscetível de utilização exclusiva por qualquer condômino, pertencendo ao condomínio, de forma inalienável e indivisível.

A propósito, registra-se que o art. 1.314 do Código Civil/2002 determina que

> Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender sua posse e alhear a respectiva fração ideal ou gravá-la.

Estabelece o parágrafo único da mesma norma que "Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consentimento dos outros".

Restou sobejamente evidenciado *in casu* que na área do terraço correspondente à loja do

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 199

réu foi erguida uma espécie de sótão, de aproximadamente 21m², em seu proveito próprio, que está em desacordo com a Convenção de Condomínio, com a Lei nº 4.591/64 e com as normas municipais.

É de se notar que a Convenção de Condomínio colacionada às f. 19/78 estabelece que a realização de obras que impliquem modificação da fachada do prédio pode ser concedida por deliberação tomada por 3/4 do total dos condôminos das unidades autônomas, nestes termos:

> Art. 33 - parágrafo segundo - Será exigida a votação favorável de condôminos que representem, no mínimo, 3/4 (três quartos) do total das unidades autônomas que compõem o segmento comercial ou o segmento residencial, conforme o caso, para aprovação de obras que impliquem modificações na fachada do prédio, ou benfeitorias meramente voluptuárias, de seu exclusivo interesse (f. 40).

Tudo em total consonância com o art. 10º da Lei nº 4.591/64, *in verbis*:

> Art. 10. É defeso a qualquer condômino:
> I - alterar a forma externa da fachada. (...)
> § 2º O proprietário ou titular de direito à aquisição de unidade poderá fazer obra que (VETADO) ou modifique sua fachada, se obtiver a aquiescência da unanimidade dos condôminos.

Inobstante, dentre os documentos carreados aos autos não se encontra a aprovação da assembléia para construção da edícula pelo réu, o que nem sequer foi corroborado pelas demais provas produzidas.

Com efeito, a prova técnica realizada pelo perito do juízo rebate uma a uma as alegações do apelante, visto que comprovou, à saciedade, que a construção erguida sobre a loja 83 do 2º piso do condomínio - parte comercial - alterou a fachada do prédio pela Rua Professor José Renault e comprometeu o conjunto arquitetônico. Vejamos:

> QUESITO 1:
> Uma vez que se trata de área comum, pede-se ao perito do Juiz que informe se a obra construída no terraço está prevista e se foram obedecidas as normas da Convenção do Condomínio em questão.
> - Não. A obra não estava prevista. A convenção de condomínio não contempla obras específicas.
> (...)
> QUESITO 5:
> Queira o Sr. Perito informar se a obra realizada interfere, compromete a fachada, bem como a estética do projeto arquitetônico original do Condomínio.
> - A edificação foi construída na fachada posterior e só é vista pela rua Prof. José Renault. Essa fachada apresenta elementos que a descaracterizam, aos quais, agora, se associa a nova edificação. Os efeitos estéticos podem ser mensurados nas fotografias que se seguem, e seu juízo de valor, por tratar-se de questão de mérito, não será avaliado por este perito, uma vez que foge à competência.
> QUESITO 6:
> A construção foi realizada dentro da área construída ou houve majoração da mesma? Foi obedecida a legislação municipal? Houve aprovação do projeto anteriormente à construção?
> - A construção constitui acréscimo de área. Não foi obedecida a legislação municipal. Não houve aprovação do projeto pela municipalidade (f. 241/243).

Ressalte-se que a assertiva do réu de que a edificação da edícula teve como finalidade evitar infiltrações na loja caiu por terra com as colocações postas pelo *expert*:

> Quesito 2:
> Se se trata de obra feita para sanar infiltração na loja, segundo alegações do seu proprietário, pode o Sr. Perito informar se a construção, tal como realizada, era o meio correto e necessário para resolver aludida infiltração? E mais, quais as medidas adequadas a serem tomadas no caso em exame?
> - De fato, verificou-se, por ocasião dos exames, a existência de uma infiltração junto a uma das vigas mestras. Obviamente existem meios diversos para se sanar uma infiltração. O meio encontrado resolveu, em parte, o problema da infiltração, uma vez que as infil-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 200

> trações oriundas de fissuras na manta utilizada na impermeabilização da área imediata à loja persistem (f. 241).

Quanto aos argumentos de que a construção não obstaculizou a utilização das demais unidades, visão, ventilação, passagem de luz, hall, escadas e demais áreas internas do edifício Center São Bento ou não causou danos estruturais ao edifício, apesar de verdadeiros, são irrelevantes para o julgamento desta apelação, tendo em vista que a discussão se cinge, neste grau recursal, exclusivamente à alteração da parte externa, e não da parte interna do edifício.

Como o apelante não tinha autorização para promover, de forma unilateral e imprópria, as alterações na fachada externa do edifício e área comum do condomínio, a edificação mostra-se irregular.

Em caso análogo ao dos autos, confira-se a orientação jurisprudencial:

> Ementa: Ação demolitória - Edificação não autorizada em área comum do condomínio - Sentença que determina o desfazimento - Recurso desprovido. - A realização de obra por condômino em área comum do condomínio, alterando a fachada externa do prédio, infringe o disposto no art. 10 da Lei 4.591/65, que rege a espécie, bem como a respectiva convenção, impondo-se, pois, o seu desfazimento, afigurando-se incensurável a sentença que assim o determina (TJMG, 9ª Câmara Cível, AC 457.783-5, Rel. Antônio de Pádua).
>
> Civil - Condomínio em edificação - Construção de edícula - Alteração da fachada - Demolição impositiva - Inteligência do art. 10 da Lei nº 4.591/64. - Não pode o condômino, salvo com a aquiescência de todos os demais condôminos, edificar obra que altere a forma externa da fachada do edifício. Recurso improvido (TJSC, 2ª C. Cível, Apelação Cível 98.014344-6, Rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 15.02.01).
>
> Apelação cível - Direitos civil e processual civil - Ação de nunciação de obra nova - Art. 934, II, CPC - Impossibilidade de modificação da área comum de edifício através de construção não autorizada pelo condomínio. Ademais, a alteração da estrutura do prédio sem prévio estudo de engenharia traz sérios riscos para a incolumidade pública. Ainda assim, o condomínio é soberano para autorizar ou não a pretendida construção. Sentença mantida. Recurso desprovido (TJRJ, 15ª C. Cível, Apelação Cível 13373/2001, Rel. Des. José Pimentel Marques, j. em 07.11.01).

Pode-se concluir, ainda, sem muito esforço, em face da clareza do laudo pericial, que a construção que se fez no terraço não teve projeto aprovado pela Prefeitura, sendo, portanto, clandestina.

Quanto à clandestinidade da construção, o professor Hely Lopes Meirelles assim lecionou:

> A construção clandestina, assim considerada a obra realizada sem licença, é uma atividade ilícita, por contrária à norma editalícia que condiciona a edificação à licença prévia da Prefeitura. Quem a executa sem projeto regularmente aprovado, ou dele se afasta na execução dos trabalhos, sujeita-se à sanção administrativa correspondente (*Direito de construir*. 7. ed., p. 251).

Dessarte, se a obra foi erguida sem qualquer aprovação de projeto arquitetônico, sem obediência ao Código de Postura Municipal e sem a prévia licença de construção ou anuência dos condôminos, não pode ser interpretada como de boa-fé.

Nesse passo, como bem entendido pelo douto Juiz de primeiro grau, tenho como inafastável o desfazimento da obra em questão como solução que deve ser dada ao assunto.

Ao impulso de tais considerações, dou provimento ao agravo retido para deferir a assistência judiciária ao agravante, desde a audiência de instrução e julgamento, realizada aos 5 de setembro de 2005. Rejeito as preliminares eriçadas pelo apelante e, no mérito, nego

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 201

provimento à apelação, para menter a sentença primeva por seus próprios fundamentos.

Mantenho a condenação nas custas processuais e honorários sucumbenciais, incluindo as recursais, contudo, suspendo sua exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Domingos Coelho e Nilo Lacerda.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

-:::-

CORRETAGEM - HONORÁRIOS - ARBITRAMENTO - CONTRATO ESCRITO - AUSÊNCIA - INTERMEDIAÇÃO - FINALIZAÇÃO DO NEGÓCIO - PROVA - CRECI - INSCRIÇÃO - INEXIGIBILIDADE

Ementa: Corretagem. Ajuste verbal. Intermediação e autorização comprovadas. Honorários. Arbitramento. Natureza do negócio e usos locais. Inscrição no Creci.

- Serão devidos honorários de corretagem sem contrato escrito, quando a parte comprovar efetiva intermediação e finalização do negócio de compra e venda, embora não regularmente inscrita no Creci.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.02.801019-7/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Espólio de Nagib Jabour e outros, representado pela inventariante Lucíola Corrêa Moreira Jabour - Apelado: Milton Frauzine Fusco - Relator: Des. MAURO SOARES DE FREITAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2007. - *Mauro Soares de Freitas* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Tarcísio Flores Pereira.

O Sr. Des. Mauro Soares de Freitas - Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conhece-se do apelo.

Extrai-se dos autos que Milton Frauzine Fusco ajuizou ação ordinária visando ao arbitramento de honorários de corretagem e cobrança do respectivo valor, em face do espólio de Nagib Jabour, seus herdeiros e de Gilberto Ciro Ferreira, alegando ter sido contratado pelo falecido, verbalmente, para avaliar e vender o imóvel constituído pela casa nº 1.444, com área construída e benfeitorias, situada na Rua José Patrocínio Pontes, Bairro Mangabeiras, Belo Horizonte-MG, registrado sob o número de matrícula 250880, no livro 02 do Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis da Capital, afirmando que, após a conclusão do negócio, não lhe foi paga a comissão acordada.

Após frustradas algumas citações, o autor desistiu da ação contra os herdeiros Adhemar Gonçalves Moreira Jabour, Patrícia Moreira Jabour e Juliana Moreira Jabour, devidamente homologada, f. 92, prosseguindo o feito contra o espólio, representado pela viuva/

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 202

inventariante, o herdeiro Luiz Carlos Moreira Jabour e Gilberto Ciro Ferreira.

Instruído o feito, o ilustre Juiz da causa decidiu por excluir todos os herdeiros da lide, julgando improcedentes os pedidos formulados contra Gilberto Ciro Ferreira e parcialmente procedentes os pedidos aduzidos contra o espólio de Nagib Jabour, condenando-o a pagar ao autor os honorários de corretagem no importe de R$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais), correspondente a 6% (seis por cento) do valor real do negócio, R$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais), acrescido de juros e correção desde a data da assinatura do contrato de promessa de compra e venda.

Inconformados, recorrem o espólio, por sua inventariante, e o herdeiro excluído ao final da lide, Luiz Carlos Moreira Jabour.

Inicialmente, cumpre a análise da preliminar de carência de ação, por ilegitimidade passiva do espólio e litisconsórcio passivo necessário dos herdeiros, erigida pelos apelantes.

Com efeito, não há provas acerca do contrato verbal celebrado entre o autor e o falecido Nagib Jabour, restando tal assertiva ao plano das alegações do apelado, veementemente impugnadas pelos recorrentes.

Impende solucionar, portanto, de quem seria a legitimidade passiva na ação de cobrança fundada em negócio de que não participou o *de cujus*, mas celebrado *post mortem*.

Para tanto, mister esclarecer que a alienação do bem pertencente ao espólio foi autorizada pelo juízo competente, mediante alvará judicial, reproduzido à f. 28, no qual se lê:

> ... Hei por bem autorizar a requerente Luciola Corrêa Moreira Jabour, brasileira, viúva, do lar, (...) assinar escritura definitiva da compra e venda, transmitir posse, domínio, direito e ação, responder por evicção, tudo em favor de quem a mesma vier indicar, (...).
> No uso dos poderes conferidos pelo presente alvará, serão praticados todos e quaisquer atos que se tornarem precisos ou implícitos ao seu cabal desempenho e embora não aqui expressamente consignados.

Assim, em que pese a ausência de provas acerca da autorização do falecido à intermediação do requerente na compra e venda do imóvel, de certo que a contratação, se existente, caberia à viúva, na qualidade de inventariante e detentora dos poderes de alienação e outros atos necessários à consecução da venda, conferidos pelo mencionado alvará.

Dessa forma, legítima é a presença do espólio de Nagib Jabour, representado pela inventariante, para figurar no pólo passivo da demanda, visto que a universalidade dos bens, ainda indivisos, deverá suportar o ônus de uma possível condenação. Por via de conseqüência, mostra-se correta a exclusão dos herdeiros, por não ser caso de litisconsórcio passivo necessário.

A esses argumentos, rejeito a prefacial.

Adentrando no mérito do recurso, tem-se por oportuno destacar que iterativa jurisprudência vem admitindo a comprovação do trabalho de corretagem, através de prova concreta, convincente e cabal, da existência de intermediação na compra e venda do imóvel, à míngua de contrato escrito, sendo devida a comissão.

In casu, a prova colacionada aos autos demonstra, seguramente, a intermediação feita pelo apelado, o qual aproximou o comprador Gilberto Ciro Ferreira da vendedora, forte nas correspondências trocadas entre corretor e comprador, f. 14/16, na promessa de compra e venda em que o autor figura como testemunha, f. 21/24, nos documentos enviados por fax da empresa de propriedade do espólio, f. 26/28, e, principalmente, pelos recibos de pagamento, nos quais há explícita menção ao trabalho do corretor, f. 30.

De se ressaltar que os apelantes, em momento algum, impugnaram a autenticidade dos mencionados documentos, alguns dos quais possuem reconhecimento de firma em cartório, limitando-se a argumentar que os mes-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 203

mos não possuem valor probante, apontando a apocrificidade do compromisso de pagamento enviado por fax, f. 26.

Ocorre que, como cediço, a remuneração devida ao corretor, caso não ajustada previamente, observará, para fins de arbitramento, a natureza do negócio e os usos locais, valendo ressaltar que a comprovação do trabalho realizado pelo recorrido se deu por todo o acervo probatório, não somente pelo documento de f. 26.

E, de acordo com a tabela de honorários estabelecida pelo Sindicato dos Corretores de Imóveis de Minas Gerais e o Conselho Regional dos Corretores de Imóveis - Creci-MG, o profissional receberá uma comissão compreendida entre 6 (seis) e 8% (oito por cento) do valor da transação, nas intermediações de imóveis urbanos, percentuais esses que correspondem à praxe do mercado local, considerando-se outros casos desse jaez.

Da mesma forma, não há de prosperar o pedido de improcedência fundado na ausência de comprovação, pelo autor, de sua regular inscrição no Creci-MG, porquanto nossos tribunais têm dispensado tal prova, bastando a evidência da autorização para mediar e o efetivo cumprimento desse mister pelo profissional, seja através de contrato escrito ou verbal.

Nesse sentido:

> Ação sumária de arbitramento de honorários por serviço de corretagem - Ilegitimidade ativa - Comissão - Ausência de registro no Conselho Regional de Corretores de Imóveis - Inexigibilidade - Ônus da prova - Inteligência do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.
> - Nas hipóteses em que demonstrada a efetiva intermediação na compra e venda de imóveis, caracterizado o exercício da corretagem, ainda que não inscrito no Conselho Regional de Corretores de Imóveis (Creci), tem direito de pleitear a comissão devida em virtude do trabalho exercido aquele que, mediante autorização para mediar, leva a êxito o negócio pretendido pelas partes contratantes.
> - 'Para a intermediação do negócio, desnecessária é a inscrição no Conselho Regional de Corretores de Imóveis, Creci. Por tratar-se de contrato informal, e comprovada a participação do autor na realização negocial, torna-se devida a comissão pleiteada'.
> - (...) TAMG, AC nº 356.918-2, 1ª Câmara Cível, Rel. Gouvêa Rios, j. em 25.6.2002).

Lado outro, quanto ao termo inicial para a incidência de juros moratórios e correção monetária, vê-se que razão assiste, em parte, aos apelantes.

Isso porque, em se tratando de contrato verbal de corretagem, em que não se fixou o dia do pagamento, a mora só pode se constituir mediante interpelação judicial ou extrajudicial, conforme dispunha o art. 960 do Código Civil de 1916, aplicável à espécie. Trata-se, pois, de mora *ex persona*.

E o exame dos autos revela que o apelado cuidou de providenciar a necessária notificação cartorial (f. 52), demonstrando, dessa forma, preocupação em garantir a real eficácia daquele ato, em atendimento ao comando da lei civil, sendo certo que o *dies a quo* dos juros e correções será 06.12.2001.

É o entendimento da jurisprudência, para quem:

> Ação de cobrança - Mora *ex persona* - Constituição do devedor em mora - Comissão de corretagem - Contrato verbal - Ônus da prova - Voto parcialmente vencido. - Configura-se a mora *ex persona* se não houver estipulação do prazo certo para a execução da obrigação, sendo imprescindível que o credor constitua o devedor em mora mediante notificação, interpelação ou protesto (TAMG, AC nº 343.755-0, Rel. Edílson Fernandes, j. em 14.11.01).

Finalmente, quanto ao ônus sucumbencial, não há razão para reforma do *decisum*, porquanto o autor teve êxito em parte significativa de seus pedidos, devendo ser mantida a distribuição feita pelo i. Sentenciante.

Dessarte, serão devidos honorários de corretagem sem contrato escrito, quando a parte comprovar efetiva intermediação e finali-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 204

zação do negócio de compra e venda, embora não regularmente inscrita no Creci.

Forte em tais argumentos, dou parcial provimento ao recurso para, tão-somente, fixar a data de início da aplicação dos juros e correções em 6 de dezembro de 2001, dia em que recebida a notificação extrajudicial pelo réu.

Custas recursais, pelos apelantes, em conformidade com art. 21, parágrafo único, do CPC.

O Sr. Des. Batista de Abreu - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. José Amâncio - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - NEXO DE CAUSALIDADE - NÃO-OCORRÊNCIA - FORÇA MAIOR - CARACTERIZAÇÃO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ESCOAMENTO DE ÁGUA PLUVIAL - CONDUTA OMISSIVA - AUSÊNCIA DE PROVA

Ementa: Ação de indenização por danos materiais e morais. Chuva torrencial. Falta do serviço de escoamento de águas pluviais. Responsabilidade civil do Estado. Objetividade. Nexo de causalidade inexistente. Caso fortuito ou força maior.

- A responsabilidade civil do Estado é objetiva, bastando para a sua configuração a comprovação do dano, do fato administrativo e do nexo de causalidade entre eles; sendo que, inexistente o nexo no caso dos autos, demonstrada, ao contrário, a ocorrência de força maior, relacionada à chuva imprevisível e anormal, a improcedência do pedido é medida que se impõe, não havendo que se falar em pagamento de indenização.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.826969-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Rosana de Oliveira Reis - Apelado: Município de Belo Horizonte - Relatora: Des.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2007. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - Conheço do recurso, já que preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais proposta por Rosana de Oliveira Reis em face do Município de Belo Horizonte, afirmando que, em 04.04.2004, a cidade de Belo Horizonte enfrentou uma chuva torrencial que veio a alagar vários de seus pontos, sendo que "encontrava-se em sua casa após o dia de trabalho, quando a chuva começou a cair, por volta das 21 horas. (...) O Corpo de Bombeiros fora chamado, mas teve de permanecer, juntamente com a Polícia, no alto do viaduto que dá acesso ao Bairro Santa Tereza, já que as águas já subiam muito depressa", aduzindo que foi atingida por uma torrente de água ocasionada pelo rompimento das tubulações da rua e que "caiu e um pedaço de muro atingiu seu peito, para após prender o seu pé, tendo a mesma permanecido debaixo

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 205

d'água por alguns segundos até que seu irmão a encontrou e a ajudou a levantar a pedra para que ela pudesse subir à superfície e respirar, evitando o afogamento", sendo submetida a uma operação que lhe deixou seqüelas, requerendo a procedência do pedido, condenando-se a Municipalidade ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, ao prudente arbítrio do magistrado.

O MM. Juiz de primeiro grau, após rejeitar as preliminares de ausência de pressuposto de constituição válido e regular do processo e de ilegitimidade passiva, julgou improcedente o pedido inicial (f. 82/89), ao fundamento de que "a autora não se desincumbiu do ônus de provar que foi a omissão do Município que deu causa aos danos decorrentes da chuva e de que os mesmos danos não teriam ocorrido se as obras tivessem sido realizadas", consignando que a responsabilidade da Administração em razão da falta de obras de canalização somente leva à responsabilidade civil em uma situação de normalidade e previsibilidade, inocorrendo em eventos excepcionais imprevisíveis como no caso de precipitação pluviométrica.

Inconformada, apelou a autora (f. 90/102), sustentando, em resumo, que demonstrou o fato, o dano e o nexo de causalidade entre eles, alegando que "seria obrigação do Município a limpeza das bocas-de-lobo, mas ele mesmo confessa que não o fez", que "está comprovado nos autos pelos relatos jornalísticos (tornando o fato inclusive público e notório) que o Governo Municipal tinha ciência dos reiterados problemas na região com as chuvas, tanto é que a obra já estava no orçamento participativo desde 1999" e que "está claro que foi necessária a morte de uma cidadã para que, somente aí, as devidas obras fossem realizadas, não sem antes terem ocorrido outras muitas perdas materiais", requerendo o provimento do recurso.

Contra-razões apresentadas às f. 104/114.

Revelam os autos que Rosana de Oliveira Reis ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais em face do Município de Belo Horizonte, à assertiva de que lhe foram causados danos em razão da chuva torrencial ocorrida no dia 04 de abril de 2004, restando caracterizada a responsabilidade do ente público em vista de conduta negligente, na medida em que deixou de providenciar a limpeza de bocas-de-lobo e as obras necessárias à manutenção do sistema de esgoto que serve a região de sua residência, tendo o Magistrado de primeiro grau julgado improcedente o pedido inicial, o que motivou a presente irresignação.

No que concerne à preliminar de ilegitimidade passiva levantada novamente pela Municipalidade em sede de contra-razões, ao fundamento de que "eventual dano deve ser debitado à Sudecap, autarquia municipal com personalidade jurídica própria", anota-se que, assim como consignou o Sentenciante, eventual responsabilidade da Superintendência de Desenvolvimento da Capital - Sudecap - na execução de obras, em geral, com fulcro no Decreto Municipal nº 1.857/70, não exime a responsabilidade do Município de Belo Horizonte por danos supostamente decorrentes da omissão da Administração Pública pela falta do serviço de escoamento de águas pluviais.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva, passando à análise meritória propriamente dita.

Especificamente sobre a responsabilidade civil do Estado, aí considerado o Município, estipula o § 6º do art. 37 da CR/88 que "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa", redação praticamente repetida pelo art. 43 do CC/02, correspondente ao art. 15 do CC/16, que estabelece que "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 206

Hely Lopes Meirelles, entendendo aplicável à responsabilidade civil da Administração Pública a teoria do risco administrativo, preleciona:

> A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa, exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo, exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.
> Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais (*in Direito administrativo brasileiro*. 30. ed., São Paulo:Malheiros Editores, 2005, p. 631).

Por sua vez, esclarece Odete Medauar:

> Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se, hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir (*in Direito administrativo moderno*. 9. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 430).

José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar da responsabilidade do Estado, também consigna:

> Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. (...)
> O segundo pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano, tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. (...)
> O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou culpa. (...)
> O nexo de causalidade é fator de fundamental importância para a atribuição de responsabilidade civil do Estado (...)
> O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos - o fato administrativo, o dano e o nexo causal (*in Manual de direito administrativo*. 14. ed. Lumen Juris Editora, 2005, p. 448 e p. 454).

Das lições doutrinárias transcritas, resta patente que, para a configuração da responsabilidade do Estado, necessária se faz a comprovação do dano, do fato administrativo e do nexo de causalidade entre eles.

Registre-se que, com relação ao dano moral requerido na exordial, além de encontrar esse dever indenizatório ínsito na legislação comum, tornou-se o mesmo consagrado pela Constituição da República de 1988, uma vez que, em diversas oportunidades, a norma constitucional considerou a vida privada, a honra e a imagem das pessoas como direitos invioláveis, passíveis de serem indenizados por dano decorrente de sua transgressão, nos termos do art. 5º, incisos V e X.

Assim, o equilíbrio moral das pessoas foi incluído no rol dos direitos fundamentais, concluindo-se, induvidosamente, ser vedada qual-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 207

quer ação que importe em lesão ou ameaça a valores protegidos como aspectos básicos da personalidade humana, sendo certo que o acentuado desconforto espiritual, a profunda mágoa, o constrangimento, o sofrimento e a tristeza resultantes de ofensa ao patrimônio moral, advindos de abalos nas relações sociais e públicas hão de ser objeto de ressarcimento por parte do ofensor.

In casu, da detida análise dos documentos acostados aos autos, observa-se que houve a demonstração dos danos materiais e morais apontados pela autora, relativos à destruição de sua residência, localizada na Rua Américo Turci, nº 311, Bairro Santa Efigência, BH/MG (f. 17 e 25/28), bem como ao fato de ter sido submetida à cirurgia e enxerto (f. 18/21), em razão de "lesão traumática em m.i.d. que infectou" (f. 19), ficando hospitalizada durante o período de um mês, além de permanecer em seguida sob tratamento domiciliar e medicamentoso, incapacitada para o trabalho habitual entre 04.04.04 a 15.08.04, conforme o atestado médico de f. 19.

Nesse diapasão, anota-se que, por mais que se admita que houve a demonstração do fato administrativo, consistente na falta do serviço de escoamento de águas pluviais, constando das reportagens de noticiários locais acostadas aos autos o problema recorrente que acomete a região (f. 23, 24, 67/70), extraindo-se, inclusive, da página da internet do jornal *Hoje em Dia* de 07.04.2004 que

> Os moradores da Avenida Mem de Sá, no Bairro Santa Efigênia, Região Leste de Belo Horizonte, voltaram a viver momentos de pânico com a chuva forte de ontem à tarde, antes mesmo de terminarem a limpeza de suas casas, inundadas durante o temporal do último domingo. (...) Muitos moradores e comerciantes foram para as ruas para desobstruir os bueiros, retirando entulho e pedaços de asfalto, ou mesmo levantando as pesadas tampas. (...) A recuperação da Avenidade Mem de Sá, Bairro Santa Efigênia, Região Leste de BH, deverá ser concluída em 180 dias, informou ontem o secretário municipal de Estrutura Urbana, Paulo Roberto Takahashi. Segundo ele, será refeito todo o canal subterrâneo estourado e, em seguida, a pavimentação. Terão que ser abertas 12 janelas na pista, por onde entrarão os operários para fazer a recuperação do canal. Será feita uma melhoria hidráulica na junção da Rua Maria Carmem Valadares com Avenida Mem de Sá. (...) O secretário também disse que há um projeto de recuperação da parte superior da Mem de Sá, um fundo de vale por onde passa o Córrego do Cardoso, a céu aberto, com a finalidade de diminuir a vazão da água de chuva. Segundo Roberto Takahashi, a licitação já foi feita. O primeiro projeto, aprovado pelo Orçamento Participativo de 1999, previa a construção de uma avenida sanitária no local, a um custo inicial de R$ 1,5 milhão (f. 69/70),

tenho que inexistente o nexo de causalidade entre os danos e o fato administrativo.

Explico. Não há nos autos nenhuma prova que evidencie que os danos causados à autora se deram, não por conseqüência de uma chuva atípica, mas por conseqüência da conduta omissiva da Administração Pública, deixando a postulante de instar a manifestação do Corpo de Bombeiros ou da Defesa Civil, nesse mister, ou mesmo de providenciar a realização de prova pericial de engenharia ou de prova testemunhal, a demonstrar que a ausência de limpeza das bocas-de-lobo e de manutenção do sistema de esgoto foi responsável pela destruição de sua residência e pela lesão traumática atestada à f. 19, verificando-se, mesmo, que em fase de especificação de provas pugnou a autora pelo julgamento antecipado da lide (f. 80).

A propósito, consta da Certidão nº 040/05, expedida pelo Instituto Nacional de Metereologia que

> De acordo com os registros obtidos da Estação Climatológica Principal de Belo Horizonte, na noite do dia 04 de abril de 2004, mais precisamente 18:35h, ocorreu uma pancada de chuva relativamente forte com duração de 5 minutos, totalizando 5 mm de precipitação. Após isso, a chuva diminuiu de intensidade, mas continuou por mais 30 minutos, acumulando mais 3,8 mm. A partir das 20:50h, nova pancada de chuva atingiu a região onde está localizada a estação, perma-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 208

> necendo chovendo até às 24:00h, do anteriormente citado dia. Entretanto, cumpre informar que entre 21:40h a intensidade da chuva aumentou a ponto de ser registrado um total de 30 mm em 20 minutos, o que corresponde a uma chuva muito forte. O total registrado nesta noite entre 18:35h e 24:00h foi de 57 mm (f. 63),

informando o Sr. José Carlos Lana Peixoto, Gerente Regional de Manutenção Leste (GERMA-L/SCOMGER-L), que:

> A chuva ocorrida na data informada foi muito superior ao volume esperado. De acordo com a reportagem folha 20, a precipitação ocorrida foi de 141 milímetros em apenas 1 hora - para todo o mês de abril a previsão normal é de 61 milímetros. Essa precipitação violenta incidiu sobre o aglomerado da Serra e acabou resultando em um escoamento para a região Leste em volume de águas absurdo e inusitado - que ganhou uma força e velocidade tal que não poderiam ser suportadas por qualquer obra de engenharia de vazão hidráulica dentro dos parâmetros técnicos usuais.
> Há inclusive nas reportagens anexas depoimento dos moradores que lá vivem há mais de 30 anos de que nunca viram um fenômeno semelhante. O caso foi totalmente atípico e conseqüência de fatos naturais irregulares e imprevisíveis que ultrapassam o padrão comum de engenharia.
> A Sudecap promoveu vistorias, relatórios e respostas técnicas sobre o ocorrido na área (f. 66).

Ora, foi possível averiguar que a chuva ocorrida no dia 4 de abril de 2004 foi atípica, registrando o especialista José Carlos Lana Peixoto que o volume de águas, "absurdo e inusitado", não poderia ser suportado por obra de engenharia de vazão hidráulica regular, afirmação que não foi infirmada pela parte contrária, concluindo-se, pois, que os danos derivaram de situação imprevisível e anormal, na forma como consignou o Magistrado, restando configurada a ocorrência de força maior, considerada pela maioria da doutrina como o evento produzido pela natureza, ao contrário do caso fortuito, que é produzido pelo homem, presente, deste modo, uma das causas excludentes da responsabilidade do Estado.

Sobre o tema já decidiu esta egrégia Corte de Justiça:

> Ação de indenização por danos de responsabilidade civil. Enchente. Reparação de danos morais e materiais. Responsabilidade objetiva. Existência de causa excludente de responsabilidade municipal. - 1. Constatando-se a inexistência de prática omissiva da Administração Pública municipal no evento danoso, ausente o nexo de causalidade entre a ação do Município e o dano sofrido pelo lesado. - 2. O Município não tem o poder de adivinhar sobre fenômenos da natureza, que se apresentam com o traço de inevitabilidade, mesmo diante das possibilidades técnicas de nossos dias, impotente para evitar-lhes os efeitos. - 3. Apelo improvido (Processo nº 1.0000.00.277918-9/000, Rel. Des. Célio César Paduani, j. em 09.12.2002).

> Indenização. Responsabilidade objetiva. Força maior. Inexistência do nexo de causalidade. Improcedência. - A responsabilidade da Administração Pública assenta-se na teoria objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988, porém necessária é a comprovação do nexo de causalidade entre o fato imputável ao ente público e o dano causado, sob pena de exclusão de responsabilidade do Município de indenizar a parte, caso seja provado que aquele se deu em decorrência de força maior. Apelo improvido (Processo nº 1.0024.04.460083-1/001, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, j. em 08.11.2005).

Conseqüentemente, não tendo sido demonstrados os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade do Estado, evidenciada, ao contrário, a ocorrência de força maior, o desprovimento do recurso é medida que se impõe.

Com tais considerações, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante, incidindo na regra do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 209

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Roney Oliveira e Fernando Bráulio.*

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR

E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DISTRATO - PARCELAS QUITADAS - RESTITUIÇÃO - PERCENTUAL - DIREITO À RETENÇÃO - SUCUMBÊNCIA - HONORÁRIOS - COMPENSAÇÃO

Ementa: Contrato de promessa de compra e venda. Código de Defesa do Consumidor. Distrato. Restituição das parcelas quitadas. Direito à retenção de percentual. Sucumbência mínima. Compensação dos honorários. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- O Código de Defesa do Consumidor se aplica aos casos em que a relação jurídica travada entre as partes se caracteriza como típica relação de consumo.

- É nula de pleno direito a cláusula que impõe ao consumidor o recebimento de carta de crédito a ser utilizada exclusivamente para a compra de outro imóvel pertencente à construtora. Inteligência do art. 51, II, do Código de Defesa do Consumidor.

- Construtora que não entrega o imóvel na data pactuada não faz jus à retenção de qualquer percentual sobre as quantias pagas pelo promitente comprador, em decorrência do princípio da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).

- Não há falar-se em sucumbência mínima, a ensejar a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, quando apenas um dos pedidos formulados na inicial é acolhido.

- Havendo sucumbência recíproca, os honorários advocatícios devem ser compensados, nos termos da Súmula nº 306 do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.827236-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Construtora Tenda S.A. - Apelado: Geraldo Soares - Relator: Des. BITENCOURT MARCONDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2007. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Bitencourt Marcondes - Cuida-se de recurso de apelação interposto pela Construtora Tenda S.A. em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Senra Delgado, da 24ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Geraldo Soares, julgou procedente a ação, para condenar a ré, ora apelante, ao pagamento da quantia de R$ 2.526,91 (dois mil quinhentos e vinte e seis reais e noventa e um centavos), corrigida monetariamente, desde o ajuizamento da ação e com a incidência de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação.

Sustenta que as partes acordaram extinguir o contrato de promessa de compra e venda por meio de instrumento de distrato, no qual

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 210

consta não somente a devolução dos valores ao apelado através de carta de crédito, como também a quitação plena e irrevogável em relação ao contrato anteriormente celebrado.

Aduz que, ao celebrarem o distrato, as partes realizaram transação, mediante concessões mútuas, o que caracteriza ato jurídico perfeito e faz coisa julgada.

Coloca que o apelado, ao firmar o distrato, tinha plena consciência de que o valor inserto na carta de crédito deveria ser usado para aquisição de outro imóvel construído, bem como que, no caso de resgate da carta, seria retido percentual a título de multa pela rescisão contratual.

Alega, em decorrência do princípio da eventualidade, que, no caso de se entender pela devolução dos valores ao apelado, tem direito à retenção de 30%, ou, no mínimo 20%, a título de multa pelo descumprimento do contrato, a ser calculada com base no valor efetivamente pago pelo apelado, isto é, R$ 2.389,65, e não R$ 2.526,91, como fixado na sentença.

Sustenta que, em razão da sucumbência recíproca, o MM. Juiz *a quo* deveria ter determinado o rateio das custas e honorários advocatícios entre as partes, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil, bem como a compensação da verba honorária, a teor do disposto na Súmula nº 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Contra-razões às f. 114/121.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

I - Do objeto do recurso.

Pleiteia a apelante a reforma da sentença que a condenou à restituição dos valores pagos pelo apelante, a título de prestações mensais, no âmbito do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, ao argumento de que, no instrumento de distrato celebrado entre as partes, ficou acordada a devolução dos valores por meio de carta de crédito.

O apelado ajuizou ação de cobrança, pleiteando a devolução das prestações pagas à apelante, bem como a condenação ao pagamento de multa, ao argumento de que o imóvel objeto do contrato não foi entregue na data prevista. Narra o apelado que, embora tenha quitado várias prestações, inclusive com antecipação de pagamento em relação a algumas delas, não recebeu o apartamento na data ajustada, razão pela qual propôs o desfazimento do negócio.

Aduz que a apelante não promoveu a devolução das prestações já pagas, limitando-se a entregar carta de crédito, cujo valor é inferior àquele efetivamente desembolsado e somente pode ser utilizado na compra de imóvel da construtora em até dois anos.

Por outro lado, a apelante sustenta que o distrato é perfeitamente válido e produz efeito de coisa julgada.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a ação, condenando a ré, ora apelada, ao pagamento da quantia de R$ 2.526,91, sob o fundamento de que a cláusula do distrato que estabelece a devolução dos valores já pagos por meio de carta de crédito é leonina, porquanto beneficia a construtora em detrimento do autor e importa em enriquecimento indevido, contrariando o Código de Defesa do Consumidor.

a) Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente caso deve ser analisado à luz da legislação consumerista, que se aplica por força do disposto nos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 211

> Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

Com efeito, a relação jurídica travada entre as partes caracteriza-se como típica relação de consumo, pois, se, por um lado, o apelado se apresenta como consumidor final, por outro, a apelante se enquadra na definição de fornecedor dada pelo art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, já que exerce atividade expressamente elencada na referida norma, isto é, construção.

b) Do contrato e distrato celebrados entre as partes.

O negócio jurídico em apreço consiste no contrato de promessa de compra e venda firmado entre Geraldo Soares, na condição de adquirente, e Construtora Tenda S.A., na condição de vendedora, cujo objeto é o apartamento nº 203, bloco 03, do Residencial Toronto, situado na Rua Hungria, nº 565, Bairro Nova Pampulha, em Ribeirão das Neves/MG.

Conforme se verifica pelos documentos acostados às f. 09/10, referido contrato foi extinto por meio de instrumento de distrato, pelo qual ficou estabelecido que o apelado receberia a importância de R$ 2.389,65, representada por carta de crédito, válida somente para compra de imóvel da apelante, pelo período de 24 meses, sendo que, havendo interesse em resgatar o crédito, seriam aplicadas as cláusulas previstas no contrato de compra e venda para a hipótese de rescisão.

Desse modo, tenho que a primeira questão que se coloca diz respeito à validade do distrato acima mencionado.

Nesse contexto, vislumbro que referido instrumento, ao vincular o recebimento dos valores já pagos no âmbito do negócio extinto à aquisição de outro imóvel construído pela apelante, é nulo, porque a beneficia demasiadamente em detrimento do consumidor, colocando-o em desvantagem exagerada, nos termos do art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
> (...)
> IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade.

É inegável que as partes detêm a faculdade de extinguir contrato de comum acordo, no entanto, não se pode olvidar que, tanto na celebração quanto na extinção dos negócios jurídicos, é dever dos contratantes a observância dos princípios da boa-fé e probidade, conforme preceitua o art. 422 do Código Civil:

> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Desse modo, é de se convir que a legislação civil pátria impõe aos contratantes a adoção de conduta pautada pela probidade e boa-fé, a fim de que o contrato atinja sua função social e, ao mesmo tempo, atenda às legítimas expectativas das partes.

Nesse particular, vale transcrever os ensinamentos de Orlando Gomes:

> Nos contratos, há sempre interesses opostos das partes contratantes, mas sua harmonização constitui o objetivo mesmo da relação jurídica contratual. Assim, há uma imposição ética que domina toda a matéria contratual, vedando o emprego da astúcia e da deslealdade e impondo a observância da boa-fé e lealdade, tanto na manifestação da vontade (criação do negócio jurídico) como, principalmente, na interpretação e execução do contrato (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 42).

Contudo, no presente caso, a atitude da apelante no sentido de condicionar a restituição

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 212

dos valores pagos pelo apelado à aquisição de outro imóvel vai de encontro com os princípios acima mencionados, pois obsta o exercício do direito do comprador à devolução da quantia que desembolsou, além de representar ofensa ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, bem como ao princípio do equilíbrio contratual.

Conclui-se, portanto, que a cláusula que estabelece a "restituição" dos valores pagos por meio da carta de crédito é nula, pois subtrai do consumidor a opção de reembolso dessas quantias, nos termos do art. 51, II, do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
> (...)
> II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código.

Nesse sentido, já decidiu o extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

> Ementa: Apelação cível. Distrato. Código de Defesa do Consumidor. Reembolso das parcelas pagas. Direito de retenção. Percentual. - Embora válido um acordo de vontades a fim de se ajustar um distrato, podem ser revistas as condições que representam ofensa ao ordenamento jurídico em vigor. O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor arrola como hipótese de cláusula abusiva nula de pleno direito, dentre outras, aquela que subtrai ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, situação em que se enquadra a cláusula que impôs ao consumidor o recebimento de uma carta de crédito a ser utilizada exclusivamente para a compra de outro imóvel pertencente à construtora. Como penalidade pelo descumprimento parcial da obrigação assumida e compensação das despesas com a administração do negócio, deve-se reconhecer o direito de retenção, pela construtora, de parte da quantia a ser restituída ao promissário comprador (TAMG. Apelação Cível nº 447.188-7. 3ª CC. Rel.ª Juíza Albergaria Costa. *DJ* de 04.12.2004).

É certo que o distrato prevê o resgate do crédito inserto na carta, no entanto, é de se observar que, nesse caso, a restituição será realizada nos termos das cláusulas contratuais que disciplinam a hipótese de rescisão, as quais estabelecem a retenção de 40% do valor pago, além da quantia equivalente a 5% do valor do imóvel (3% para corretagem e 2% para publicidade e propaganda).

Não se pode negar o direito de o promitente vendedor reter percentual para o ressarcimento das despesas administrativas efetuadas com a venda do imóvel (publicidade, corretagem, etc.), bem como dos prejuízos decorrentes do desfazimento do negócio, contudo, tal direito somente pode ser exercido nos casos de rescisão por ato imputável ao promitente comprador, como ocorre, *v.g.*, nas hipóteses de inadimplemento.

No caso em testilha, o apelado aduz que o imóvel não foi entregue na data prevista, isto é, julho de 2003.

A apelada, por sua vez, não contesta tal fato.

Pela análise do contrato de promessa de compra e venda (f. 51/55), verifica-se que a entrega do imóvel foi marcada para o dia 31 de julho de 2003, no entanto a cláusula décima quarta do contrato estabelece prazo de tolerância de 120 (cento e vinte) dias contados da expiração do prazo de entrega para realização de obras de arremate.

Diante disso, poder-se-ia dizer que não ficou configurado o inadimplemento contratual por parte da construtora, já que, no momento da celebração do distrato - 07 de outubro de 2003 - não havia transcorrido o prazo de tolerância estabelecido no contrato.

Entretanto, conforme se verifica à f. 08, a recorrente veiculou proposta na qual está prevista a entrega do imóvel em julho de 2003, de forma que, mesmo diante do disposto na cláusula acima citada, a apelante não pode se eximir da obrigação de entregar o bem na data prevista na proposta, na medida em que todas as informações ou publicidades veiculadas pelo fornecedor integram o contrato, nos termos do art. 30 do CDC, *in verbis*:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 213

> Art. 30 - Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Ademais, vislumbro que a apelada não realizou prova em contrário, quer dizer, não demonstrou o cumprimento do prazo de entrega fixado na proposta, ou mesmo a existência de motivo de força maior a ensejar o atraso nas obras de construção, não se desincumbindo, portanto, do ônus que lhe cabia, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Diante desses elementos, tenho que a apelada não cumpriu sua obrigação contratual no prazo estipulado, de forma que não faz jus à retenção de qualquer percentual sobre as quantias pagas pelo apelado, em decorrência do princípio da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), consagrado no art. 476 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

> Art. 476: Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da outra.

De acordo com Nelson Nery Junior:

> Nos contratos bilaterais sinalagmáticos, ambos os contratantes têm o dever de cumprir, recíproca e concomitantemente, as prestações e obrigações por eles assumidas. Nenhum deles pode exigir, isoladamente, que o outro cumpra a prestação, sem a contrapartida respectiva. Só quem cumpre a sua parte na avença pode pode exigir o cumprimento da parte do outro (NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 357).

Dessa forma, não há que se falar em direito de retenção por rescisão unilateral do contrato, uma vez que a construtora não cumpriu sua obrigação, qual seja entregar o imóvel na data pactuada entre as partes, não podendo exigir cumprimento do contrato por parte dos apelados.

Com efeito, conforme exposto alhures, o direito de retenção somente se justifica nos casos em que a rescisão do contrato é fruto de desistência do negócio jurídico por parte do promitente comprador, ainda quando se verifica a inadimplência, desde que justificada, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Ementa: Processual civil. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Efeitos infringentes. Contrato de compra e venda. Rescisão judicial. Retenção de 25% das parcelas pagas. Precedentes. Agravo regimental improvido.
> - I. A c. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel (EREsp nº 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* de 09.12.2002).
> - II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção que se eleva a 25%, para compatibilizá-lo com a orientação jurisprudencial mais recente do STJ, a fim de melhor ressarcir as despesas administrativas e operacionais da empresa vendedora.
> - III. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, improvido este (STJ. AgRg no Ag 650401/MG. 4ª Turma. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. *DJ* de 1º.07.2005).

Quanto ao valor a ser restituído, a apelante sustenta que deve corresponder ao que foi efetivamente pago pelo apelado, isto é, R$ 2.389,65.

Com efeito, o documento juntado pela apelante às f. 57/59 ("extrato do cliente"), aponta a quantia de R$ 2.389,65, como valor pago pelo apelado, e a existência de parcela em aberto no valor de R$ 240,58, relativo à parcela "S07".

Entretanto, o comprovante de pagamento de f. 28 demonstra que referida parcela foi quitada pelo apelante.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 214

Dessa forma, o apelado faz jus à restituição integral dos valores efetivamente pagos no âmbito do contrato.

Ressalte-se que a soma dos valores pagos, de acordo com os recibos acostados à inicial, é superior ao pleiteado pelo apelado, no entanto, em decorrência dos princípios dispositivo e *non reformatio in peius*, tenho que a apelante deve ser condenada à restituição dos valores nos exatos termos apontados na peça exordial.

c) Da sucumbência recíproca e compensação dos honorários.

A apelante sustenta que, em razão da sucumbência recíproca, o MM. Juiz *a quo* deveria ter determinado o rateio das custas e honorários advocatícios entre as partes, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil, bem como a compensação da verba honorária, a teor do disposto na Súmula nº 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Razão assiste à apelante.

Isso porque o apelado ajuizou ação ordinária, pleiteando a condenação da apelada à restituição da quantia de R$ 2.526,91, bem como ao pagamento de multa em razão da rescisão do contrato, contudo somente logrou êxito quanto ao primeiro pedido, de forma que não decaiu de parte mínima dos pedidos inicialmente formulados.

Assim, não há falar-se na aplicação da norma inserta no parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, pois não ficou configurada a hipótese de sucumbência mínima.

Quanto à compensação dos honorários, a Súmula nº 306 do Superior Tribunal de Justiça assim dispõe:

> Súmula nº 306 - Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

II - Conclusão.

Assim, dou provimento parcial ao recurso, apenas para determinar a compensação dos honorários advocatícios devidos aos procuradores das partes.

Custas, *ex lege.*

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *José Affonso da Costa Côrtes e Mota e Silva.*

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO DECLARATÓRIA - VEÍCULO - VENDA - DETRAN - COMUNICAÇÃO - AUSÊNCIA - IPVA - OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA - VENDEDOR - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - ART. 134 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - APLICABILIDADE

Ementa: Tributário e processual civil. Ação declaratória. Alienação de veículo. IPVA. Ausência de comunicação da transferência aos órgãos competentes. Responsabilidade solidária do antigo proprietário. Termo da obrigação tributária. Citação. Impossibilidade. Improcedência do pedido. Inteligência do art. 134 do CTB e do art. 219, *caput*, do CPC.

- Se o antigo proprietário de veículo não comunica ao órgão de trânsito estadual a transferência de propriedade, ocorrida na vigência do atual Código de Trânsito Brasileiro, será responsável solidário pelo pagamento do imposto incidente sobre o bem.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 215

- O termo da responsabilidade tributária do antigo proprietário do automotor não pode ser o da citação para a lide que visa desconstituir aquela relação, quer seja porque o ordenamento processual não possibilita dito alcance para aquele ato, quer seja porque há lei especial dispondo sobre a forma da extinção daquele encargo.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0421.06.000867-7/001 - Comarca de Miradouro - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Miradouro - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Estevam Gomes Ferreira - 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 REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2007. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Da sentença de f. 61/64-TJ, sujeita ao duplo grau de jurisdição, proferida nestes autos de ação declaratória ajuizada por Estevam Gomes Ferreira em desfavor do Estado de Minas Gerais, que julgou parcialmente procedentes os pedidos vestibulares, para declarar que não mais figura o autor como proprietário do veículo VW/GOL, Placa GUM-4976, a partir da ciência da negociação pelo requerido nestes autos, quando, então, cessa sua responsabilidade pelo pagamento do IPVA, acarretou a interposição de apelação pelo réu.

E, como motivos justificadores do acolhimento de sua súplica recursal, suscita, em preliminar, a nulidade do *decisum* monocrático por ausência de citação dos litisconsortes necessários e, quanto ao mérito, alega, resumidamente, que o fato de o art. 134 do CTB não estar em vigor à época da transferência do veículo não retira a obrigação tributária do requerente, que deve comunicar a alienação do bem para se desonerar da responsabilidade do pagamento do IPVA, pugnando, ainda, pela sua reforma no tocante à imposição dos ônus sucumbenciais, observando-se o princípio da causalidade, tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de f. 66/78-TJ.

Ab initio, registra-se que o recorrente, em suas razões recursais, assevera que o julgado fustigado deixou de aplicar o novo Código de Trânsito Brasileiro, por ter a alienação do veículo ocorrido anteriormente à sua vigência, determinando-lhe, ainda, o pagamento dos ônus sucumbenciais, com o que ditas insurgências não correspondem à realidade fática dos autos, o que poderia imputar ofensa aos requisitos de admissibilidade recursal, por conter as razões fundamentos dissociados da lide.

Todavia, parte da irresignação recursal, notadamente com relação à prefacial suscitada, guarda pertinência com a presente demanda, razão pela qual conheço da remessa necessária, bem como do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Assim, passo ao exame da preliminar de nulidade da sentença monocrática, por ausência de citação dos litisconsortes necessários.

Não estou a vislumbrar, contudo, a configuração deste instituto, sobretudo, com o caráter necessário, como se deflui do disposto no art. 47 do CPC, *in verbis*:

> Art. 47 - Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 216

Ora, como é por demais sabido, e ante o enunciado constante do referido dispositivo, o litisconsórcio necessário só se evidencia quando o juiz for proferir sentença que venha alcançar mais de uma pessoa, e, consoante o contexto da relação processual, sua citação é de rigor, sob pena de restar contaminado o processo a partir de então, a acarretar, como conseqüência, sua ineficácia.

Na espécie, dita situação não se configura, notadamente porque o objeto da lide é a declaração de inexistência de relação jurídica de responsabilidade pelo pagamento do IPVA; portanto, os efeitos da sentença serão limitados ao contribuinte indicado pelo Fisco como responsável tributário e o Ente Estatal.

Rejeito, pois, a prefacial.

Circa meritum causae, cinge-se a controvérsia instaurada nesta *actio* à responsabilidade tributária pelo pagamento do IPVA, após a alienação do veículo, observando-se que a análise da questão será feita já sob a égide do atual Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997), uma vez que o próprio autor afirmou em sua peça vestibular que o bem foi alienado em junho de 2004.

Com efeito, a norma em vigor prevê a responsabilidade do proprietário alienante, nos termos do art. 134 do CTB, que assim dispõe:

> Art. 134. No caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado, dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação.

De fato, o colendo Superior Tribunal de Justiça, já na égide do dispositivo retrotranscrito, asseverou que,"no contrato de compra e venda direta, que importa na sua conclusão em transferência da propriedade, há a possibilidade de o Estado buscar a satisfação do crédito tributário diretamente do alienante desidioso" (REsp nº 868.246/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 28.11.2006, *DJ* de 18.12.2006, p. 342).

Dessa forma, se o requerente não comunicou aos órgãos de trânsito do Estado a transferência do bem, será ele responsável, solidariamente, pelo pagamento do imposto sobre ele incidente, como assim determinado pelo ilustre Julgador monocrático.

A propósito, esse é o entendimento emanado por este colendo Sodalício, como se vê dos arestos adiante colacionados:

> Direito processual civil. Direito tributário. Reexame necessário. Direito controvertido que não supera sessenta salários mínimos. Não-conhecimento. IPVA. Transferência do veículo. Ausência de comunicação ao órgão de trânsito. Descumprimento de obrigação acessória. Responsabilidade solidária pelo recolhimento do imposto.
> - Não se conhece do reexame necessário, nos casos em que, vencida a Fazenda Pública, o direito controvertido for de valor certo inferior a sessenta salários mínimos, aplicando-se a exceção prevista no § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil.
> - Em se constatando que a transferência do veículo não foi comunicada ao órgão de trânsito estadual, o antigo proprietário é responsável solidário pelo recolhimento do IPVA e penalidades até que se efetive a comunicação (4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0701.05.106174-8/001, Rel. Des. Moreira Diniz, j. em 14.12.2006, *DJ* de 16.01.2007).
>
> Agravo de instrumento. Pedido de tutela antecipada de suspensão de medidas administrativas dos órgãos de trânsito contra alienante de veículo cuja transferência não lhe foi comunicada. Art. 134 do CTB.
> - O órgão de trânsito não está obrigado a dispensar tributação ou multa sobre veículo cuja transferência não lhe foi comunicada pelo alienante no prazo de trinta dias como recomenda o art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro.
> - Agravo a que se nega provimento (16ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0319.06.024940-0/001, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. em 28.02.2007, *DJ* de 23.03.2007).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 217

> Ação declaratória. Venda de veículo. Adquirente que não efetuou a transferência do bem. Pedido de retificação do registro e de cancelamento do débito relativo aos tributos vencidos a partir da alienação. Transação anterior à entrada em vigor do CTB. Procedência do pedido.
> - A comprovação de que o autor vendeu veículo para terceira pessoa, a qual não providenciou a transferência do bem, como lhe competia, justifica a retificação do registro no órgão competente, para que deixe de constar o nome do autor como sendo o proprietário do bem.
> - Não pode recair sobre o alienante de veículo o dever de pagar tributos relativos a período posterior à alienação, se esta foi efetivada quando ainda não estava em vigor o CTB, que passou a impor ao antigo proprietário responsabilidade solidária com o adquirente em caso de não-comprovação da transferência do bem, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e ao art. 5º, II, da CF/88, que consagra que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.05.729692-3/001, Rel.ª Des.ª Heloísa Combat, j. em 30.01.2007, *DJ* de 13.03.2007).

> Ação visando à declaração de inexistência de relação jurídica oriunda de cobrança de débitos referentes ao não-pagamento de multa, IPVA e seguro obrigatório. Transferência de bem móvel se realiza com a tradição. - Não se aplica a norma constante do art. 134 do CTB se a venda do veículo foi realizada anteriormente à sua vigência. - A obrigação de o alienante encaminhar comprovante de transferência de propriedade do veículo ao órgão executivo de trânsito do Estado, sob pena de se responsabilizar solidariamente pelas eventuais futuras penalidades impostas, decorre de lei, consistindo caso de solidariedade legal, não podendo ser exigida quando ainda não se encontrava vigente (4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0000.00.318454-6/000, Rel. Des. Audebert Delage, j. em 11.09.2003, *DJ* de 12.06.2003).

Lado outro, no que concerne ao termo da responsabilidade do antigo proprietário, ora apelado, entendeu o digno Julgador de origem que deve ser responsável pelo pagamento do IPVA incidente sobre o veículo, pelo menos quanto ao imposto vencido até o ajuizamento da ação e a citação do Estado de Minas Gerais (*litteris*, f. 62-TJ).

Ocorre que os efeitos da citação válida, previstos no art. 219 do CPC, limitam-se à constituição em mora do devedor e à interrupção da prescrição, não podendo, portanto, o juiz utilizar-se de dito ato processual como termo para extinguir responsabilidade tributária, notadamente, quando a lei prescreve a forma de sua extinção.

Nesse contexto, merece censura o *decisum* fustigado, visto que,

> no caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado, dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado (art. 134 do CTB).

Com essas considerações, rejeito a prefacial e reformo, *in totum*, a sentença hostilizada para, em conseqüência, julgar inteiramente improcedentes os pedidos vestibulares, mantendo-se inalterados os ônus sucumbenciais que já foram impostos ao autor, com observância ao disposto no art. 20 do CPC, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Maria Elza e Nepomuceno Silva.*

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

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 218

AÇÃO MONITÓRIA - PETIÇÃO INICIAL - INÉPCIA - AUSÊNCIA - INTERESSE DE AGIR - PRESENÇA - CARÊNCIA DA AÇÃO - INEXISTÊNCIA - CHEQUE PRESCRITO - AGIOTAGEM - USURA - DEFESA PARA OBSTAR A CONSTITUIÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - DESCABIMENTO - ART. 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.172-32/2001 - INAPLICABILIDADE - JUROS ABUSIVOS - ORIGEM ESPÚRIA DA DÍVIDA - COMPROVAÇÃO - PROVA ESCRITA SEM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO - INVALIDADE - EMBARGOS MONITÓRIOS - ACOLHIMENTO - QUANTIA INDEVIDAMENTE DEMANDADA - INDENIZAÇÃO - PEDIDO FORMULADO NOS EMBARGOS - IMPOSSIBILIDADE - RECONVENÇÃO - AÇÃO DIRETA - VIA PROCESSUAL ADEQUADA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - DESPESAS PROCESSUAIS - CONDENAÇÃO - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE - ART. 12 DA LEI 1.050/50 - APLICABILIDADE

Ementa: Ação monitória. Inépcia da inicial. Interesse processual. Inversão do ônus da prova. Agiotagem. Prova escrita sem eficácia de título executivo. Indenização pela quantia indevidamente demandada. Pretensão formulada em embargos monitórios. Litigância de má-fé. Assistência judiciária. Suspensão da exigibilidade.

- Considera-se processualmente apta a petição inicial inteligível e em que há congruência entre causa de pedir e pedido.

- O interesse processual deve ser compreendido sob dois enfoques distintos, a saber: a necessidade da tutela jurisdicional para assegurar o interesse a que supostamente se opõe resistência e a utilidade da via procedimental escolhida para que se alcance a pretensão deduzida em juízo.

- A inversão do ônus da prova com fundamento no art. 3º da Medida Provisória 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, somente tem aplicabilidade aos casos em que a usura é alegada para fins de declaração de nulidade de negócio jurídico, e não como defesa para obstar a constituição definitiva de mandado executivo em sede de ação monitória.

- Restando demonstrado nos autos que os cheques que instruem a inicial se referem a juros abusivos, em clara e condenável prática de agiotagem, devem-se acolher os embargos monitórios, porquanto fica invalidada a prova escrita sem eficácia de título executivo.

- Não é possível pretender, em embargos monitórios, o recebimento de indenização correspondente ao dobro da quantia indevidamente demandada, visto que, por não se tratar de defesa oponível à pretensão da parte contrária, deve ser deduzida por meio de reconvenção ou mesmo de ação direta.

- Inexistindo qualquer comportamento que caracterize a violação de dever processual, afasta-se a ocorrência de litigância de má-fé.

- Concedida a assistência judiciária, deve a exigibilidade das despesas processuais ser suspensa pelo prazo de cinco anos, não se justificando a ausência de condenação quanto a tais parcelas.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0177.04.001049-4/001 - Comarca de Conceição do Rio Verde - Apelante: Enylson Castro Carneiro - Apelado: Espólio de Darcy de Andrade Rodrigues, representado por Wagner Azevedo Rodrigues - Relator: Des. FÁBIO MAIA VIANI

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 219

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 AOS AGRAVOS RETIDOS E DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 3 de maio de 2007. - *Fábio Maia Viani* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. João Batista Miranda.

O Sr. Des. Fábio Maia Viani (convocado) - Trata-se de apelação interposta por Enylson Castro Carneiro da sentença (f. 555/559 e 562/563), que, nos autos da ação monitória que lhe move o espólio de Darcy Andrade Rodrigues, rejeitou os embargos monitórios, constituindo, de pleno direito, o título executivo judicial.

O embargante interpôs apelação (f. 564/584), requerendo, preliminarmente (f. 568), sejam conhecidos e providos os agravos retidos de f. 159 e 513/517.

No mérito da apelação propriamente dito, alega, em síntese, que: a) os cheques que instruem o feito foram fraudulentamente emitidos, pois as datas neles apostas são posteriores ao falecimento de Darcy Andrade Rodrigues; b) os referidos cheques foram dados em branco ao falecido para pagamento de juros de 10% ao mês, configurando-se, por conseguinte, a ilícita prática de usura; c) a impugnação apresentada não infirmou efetivamente a narrativa articulada nos embargos monitórios, razão pela qual se deve reconhecer "que a emissão das cártulas realmente se deu para garantir dívida oriunda da prática de agiotagem, bem como [se deve reconhecer] a ilicitude do objeto e, por conseqüência, da própria operação, descaracterizando-se os títulos" (f. 571); d) em não se reconhecendo a agiotagem, deve-se, pelo menos, considerar que houve o pagamento do capital emprestado; e) restou caracterizada a litigância de má-fé, impondo-se, pois, a aplicação de multa a esse título; f) deve o embargado ser condenado ao pagamento de indenização correspondente ao dobro da quantia indevidamente demandada; g) "se não houve por bem reconhecer a descaracterização dos títulos ou mesmo que 'nada' seria devido pelo embargante [...], nada impedia que pelo menos reconhecesse e relevasse o MM. Juiz *a quo* os pagamentos comprovados através da prova documental, reconhecendo-se pelo menos pagamento parcial" (f. 581); h) a correção monetária foi fixada na sentença desde a emissão das cártulas, o que se afigura inadmissível, visto que o embargado pediu o valor literal inscrito nos títulos, sem atualização; i) em virtude da assistência judiciária concedida, não deve haver condenação ao pagamento de custas e honorários advocatícios, pois o art. 12 da Lei 1.060/50, que prevê a suspensão da exigibilidade de tais parcelas, não foi recepcionado pela CF/88.

Desse modo, pede a reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido inicial ou, eventualmente, a modificação da referida decisão nos termos mencionados acima.

O espólio embargado, por sua vez, apresentou contra-razões (f. 591/595), pugnando pela manutenção da sentença por seus próprios fundamentos e pedindo o desentranhamento do documento de f. 585/589, por haver sido intempestivamente apresentado.

Juízo de admissibilidade recursal.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação, bem como dos agravos retidos.

Antes, contudo, de se passar à análise do mérito dos recursos, destaca-se que não se faz necessário o desentranhamento do "documento" juntado com a apelação (f. 585/589), pois, na verdade, trata-se de mera cópia de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 220

acórdão do extinto TAMG, que nada traz de novo aos autos, prestando-se apenas a corroborar as teses apresentadas pelo apelante para fundamentar sua pretensão recursal.

Deve-se, pois, indeferir tal requerimento deduzido pelo apelado, passando-se, a seguir, a discorrer sobre o mérito recursal.

Primeiro agravo retido (f. 159).

Em face da decisão saneadora em que se rejeitaram as preliminares de inépcia da inicial e carência da ação (f. 158), o apelante interpôs agravo retido oral, alegando que, além de o pedido inicial ser indeterminado, não se mencionou quando se iniciara a mora, inexistindo notificação premonitória ou mesmo prova de que os cheques foram apresentados para compensação (f. 159).

Para que se solucione a matéria debatida no primeiro agravo retido interposto pelo apelante, assevera-se que é processualmente apta a petição inicial que não incorra em qualquer dos vícios enumerados no parágrafo único do art. 295 do CPC, os quais, em síntese, dizem respeito à inteligibilidade e à congruência da causa de pedir e do pedido, dois dos requisitos da inicial (art. 282 do CPC).

No caso sob julgamento, percebe-se que, embora concisa, a petição inicial não apresenta qualquer vício que lhe implique o reconhecimento da inépcia, porquanto a causa de pedir (existência de crédito não adimplido amparado em prova escrita sem eficácia de título executivo) e o pedido (constituição de título executivo judicial para futura satisfação desse crédito) estão bem delineados, devendo-se, pois, afastar tal alegação.

Quanto à suposta carência da ação, conquanto o apelante não mencione isso de forma expressa, percebe-se que pretende, mais especificamente, o reconhecimento da falta de interesse processual, condição da ação que pode ser compreendida sob dois enfoques distintos, quais sejam a necessidade da tutela jurisdicional para assegurar o interesse a que supostamente se opõe resistência e a utilidade da via procedimental escolhida para que se alcance a pretensão deduzida em juízo.

Ora, a par de o ingresso em juízo ser absolutamente necessário para o resguardo dos interesses do espólio apelado, verifica-se que a via procedimental por ele eleita é a adequada para a satisfação desses interesses - considerando-se que o procedimento da ação monitória tem por finalidade justamente constituir título executivo judicial com base em prova escrita que até então não tinha eficácia executiva -, razão pela qual também se afasta a assertiva de carência da ação.

A propósito, é de se registrar que todas as alegações apresentadas nas razões do primeiro agravo retido nada têm a ver com inépcia da inicial ou carência da ação por falta de interesse de agir, pois estas consistem em matérias de cunho eminentemente processual, que devem, via de conseqüência, ser analisadas nos exatos termos mencionados anteriormente.

Ademais, a notificação premonitória ou mesmo a apresentação dos cheques para compensação são absolutamente desnecessárias para constituição em mora nas hipóteses, como a que se vislumbra nos autos, de dívida positiva e líquida com termo para pagamento.

Enfim, deve-se rejeitar o primeiro agravo retido, em virtude de a petição inicial ser apta e de estarem presentes as condições da ação.

Segundo agravo retido (f. 513/517).

Em face da decisão interlocutória em que o Juiz de primeiro grau indeferiu a inversão do ônus da prova pretendida pelo apelante (f. 474 e 488), este interpôs novo agravo retido (f. 513/517), sob a alegação de que é cabível a referida inversão, com fundamento em sucessivas medidas provisórias, ante a verossimilhança da alegação de prática de agiotagem por parte do falecido Darcy Andrade Rodrigues, não se discutindo a aplicação ou não da inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 221

Inicialmente, destaca-se que, de fato, como alega o apelante, a discussão acerca da inversão do ônus da prova passa longe da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, porquanto não foi alegada, em momento algum nos autos, a existência de eventual relação de consumo entre o apelante e Darcy Andrade Rodrigues. Por conseguinte, não tem cabimento afastar a inversão do ônus da prova por inexistência de relação de consumo, um dos fundamentos expostos, equivocadamente, na decisão interlocutória combatida por meio do segundo agravo retido.

Por outro lado, também não é sustentável o argumento do Juiz de primeiro grau no sentido de que, "tendo o suplicado embargado o pedido monitório, acabou chamando para si o ônus da prova, não se falando, portanto, em inversão desse ônus" (f. 488). Isso porque seria desarrazoado imaginar que tivesse que se quedar inerte - constituindo-se definitivamente o título executivo judicial e convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo (art. 1.102c, *caput*, do CPC) -, para, somente depois, inutilmente pretender a referida inversão.

Entretanto, ainda que não sejam corretos os fundamentos adotados na decisão interlocutória de que ora se trata, verifica-se que a solução nela adotada se afigura correta, na medida em que a inversão do ônus da prova realmente não é cabível no caso sob julgamento.

Com efeito, o art. 3º da Medida Provisória 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, que se incorporou definitivamente ao ordenamento jurídico brasileiro por força da Emenda Constitucional 32/01, prevê a inversão do ônus da prova somente na hipótese de serem ajuizadas "ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória", o que, entretanto, não se vislumbra nestes autos. É que a pretensão deduzida em juízo pelo apelado tem natureza constitutiva - a saber: formação de título executivo -, sendo eventual declaração *incidenter tantum* acerca da agiotagem pertinente apenas à resistência contra tal pretensão.

Nessa linha de raciocínio, uma vez que a norma versada no art. 3º da referida medida provisória excepciona regra geral de distribuição do ônus da prova (art. 333 do CPC), deve haver interpretação restritiva, aplicando-se a aludida norma, por conseqüência, somente aos casos em que a usura é alegada para fins de declaração de nulidade de negócio jurídico, e não como defesa para obstar a constituição de título executivo.

Assim, embora por fundamentos distintos dos adotados pelo Juiz de primeiro grau, não há que se falar em inversão do ônus da prova, pelo que se deve rejeitar também o segundo agravo retido.

Agiotagem.

No mérito da apelação, destaca-se, inicialmente, que, em razão da incorporação dos direitos e deveres nos títulos de crédito, aceita-se o cheque prescrito como prova escrita sem eficácia de título executivo para o fim de propor ação monitória (art. 1.102a do CPC), afigurando-se desnecessária a menção ao negócio jurídico subjacente.

Nesse sentido:

> Processo civil. Ação monitória. Cheque prescrito. Documento hábil. *Causa debendi*. Indicação na inicial. Desnecessidade. Precedentes. Recurso provido.
> - Na linha da orientação das Turmas da Segunda Seção, o cheque prescrito é prova suficiente a ensejar o ajuizamento de ação monitória, pouco importando a origem da dívida (STJ, 4ª Turma, REsp 419.477/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 04.06.02, *DJ* de 02.09.02, p. 199).

Desse modo, conquanto não mais se trate de título executivo extrajudicial, entende-se que o cheque prescrito é prova suficiente da existência de um direito de crédito do tomador em face do emitente, para o fim de ajuizamento de ação monitória. Por outro lado, a validade do título prescrito, sem referência à *causa debendi*, somente subsiste, no caso de serem opostos

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 222

embargos monitórios, se o embargante - no caso, o apelante - não desconstituir a presunção da existência de relação jurídica entre as partes, presunção essa que decorre justamente da apresentação do cheque em juízo.

Feitas essas considerações iniciais, menciona-se que é inválida a assertiva deduzida na inicial no sentido de que "o crédito é proveniente de empréstimos realizados pelo *de cujus* ao suplicado em datas constantes dos referidos cheques de sua emissão" (f. 3). Isso porque o mutuante faleceu em 22.04.00 (f. 32), ao passo que todos os cheques que instruem a inicial da monitória têm datas de emissão posteriores à do falecimento (f. 6/7).

Contudo, o equívoco constante da inicial quanto às datas em que se realizaram os supostos empréstimos em nada impossibilita o aproveitamento das cártulas como prova escrita para fins de constituição de título executivo judicial em sede de ação monitória. Trata-se de mero erro de ordem cronológica, sem qualquer conseqüência no mundo jurídico, porquanto, ainda que em datas distintas das constantes dos títulos, subsiste a prova escrita pré-constituída - passível, ressalve-se, de ser infirmada por provas em sentido contrário - quanto à existência de crédito a favor do espólio apelado.

No que tange à alegada prática de agiotagem por parte do falecido, fato extintivo do direito do espólio apelado, destaca-se que, realmente, tal prática restou devidamente comprovada nos autos, desincumbindo-se o apelante do ônus que lhe cabia, consoante o disposto no inciso II do art. 333 do CPC.

Para que se chegue a tal conclusão, deve-se ter em mente, antes de qualquer outra providência, que, nos embargos monitórios, o apelante alegou explicitamente que os cheques que instruem a inicial se referem à garantia por ele prestada quanto ao empréstimo com juros remuneratórios de 10% ao mês contraído por seu pai com o falecido (f. 20). O espólio apelado, por sua vez, ao impugnar os embargos (f. 107/112), não se pronunciou especificamente sobre a cobrança de juros abusivos, sendo de se aplicar ao caso o art. 334, III, do CPC, segundo o qual independem de prova os fatos tidos por incontroversos nos autos.

Acrescente-se que, mesmo que não se tratasse de fato incontroverso, não haveria como se afastar da conclusão de que a dívida inscrita nos cheques em nome do apelante refere-se à estipulação de juros muito acima dos legalmente permitidos no ordenamento jurídico brasileiro (art. 1º, *caput*, do Decreto 22.626/33 - Lei de Usura). É que, a despeito de o inventariante do espólio haver afirmado que "Darcy vivia da aposentadoria e dos aluguéis" e que "emprestava dinheiro para as pessoas conhecidas" (f. 485), restou devidamente comprovado nos autos que o falecido concedia, profissionalmente, empréstimos a taxas de juros abusivas e ilegais.

Ora, é claro que quem empresta dinheiro a conhecidos de maneira ocasional não o faz no montante pretendido pelo apelado - R$ 172.000,00 (f. 3) - ou mesmo nos vultosos valores dos cheques deixados pelo falecido a seus herdeiros (f. 41/43), cheques esses que foram emitidos por diversas pessoas e que, certamente, até mesmo pelo fato de serem seqüenciados, também dizem respeito à pactuação de juros ilegais.

Por oportuno, deve-se registrar que, pela prova testemunhal emprestada dos autos da ação monitória, que o espólio apelado move em face do irmão do apelante (autos na origem nº 0177.04.001214-4), também restou devidamente comprovada a prática de agiotagem por parte do falecido.

> [...] era freqüentador assíduo da residência do falecido Darcy; Darcy chegou a trocar vários cheques para o depoente; o depoente chegou a colher cheques das pessoas de Cláudio Barreiro e Furlan para trocar com o falecido Darcy; quando Darcy desconfiava do emitente do cheque, exigia do depoente que deixasse um cheque seu em garantia; se acaso o cheque a ser trocado fosse devolvido, Darcy contava com a garantia do cheque do depoente; os juros cobrados eram embutidos, ou seja, só emprestava o valor líquido; [...] tem conhecimento de que o pai do suplicado,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 223

> (e que também é o pai do apelante) chegou a pedir empréstimos ao falecido Darcy, mas José Arildo, não; Darcy Darcy não celebrou negócio apenas com o depoente e o pai do suplicado, o fez também com Zita Arsênio, Pedro Cipó e outros; [...] os juros cobrados do pai de José Arildo eram de dez por cento ao mês; Darcy tinha a posse de cheques emitidos por José Arildo e por Enilson [ora apelante], em garantia dos empréstimos feitos para Guido Carneiro; Guido, durante uns cinco anos, tomou empréstimos nas mãos de Darcy [...] (Ricardo Alves Carneiro, f. 538).
>
> [...] Darcy era agiota e cobrava juros altos; o depoente chegou, por várias vezes, a trocar cheques com o falecido Darcy; os juros cobrados variavam entre 10% e 13% e eram descontados no ato dos empréstimos; [...] Darcy fazia empréstimo para muitas pessoas; era agiota forte em Caxambu; [...] Darcy chegou a comentar com o depoente que fazia empréstimos para o pai do suplicado, ou seja, para Guido Carneiro; os juros cobrados de Guido eram em torno de 10% a 13%, [...] (Ricardo Régis Dias Silveira, f. 539).

A propósito, vale ressalvar, para que se evitem quaisquer questionamentos futuros, que, conquanto as cópias dos depoimentos das testemunhas ouvidas na ação monitória movida em face do irmão do apelante somente hajam sido juntadas com o memorial apresentado por este no primeiro grau de jurisdição (f. 527/535), a utilização de tais provas como um dos fundamentos do convencimento externado neste julgamento não afronta o princípio do contraditório. Isso porque o espólio apelado delas teve vista oportunamente, quando da apresentação do respectivo memorial em alegações finais, conforme comprova o seguinte excerto extraído da referida petição:

> Diante disso, tudo o mais que foi falado, nas mais diversas manifestações embargantes, não passa mesmo de lucubrações estéreis, inclusive quando tenta valer-se de expressões contidas no depoimento pessoal do representante do espólio ou de manifestações das testemunhas, aliás bem instruídas, mas com evidente interesse no desfecho da questão, quando buscam incriminar o *de cujus* com expressões desairosas [...] (f. 545/546).

Assim, restando demonstrado nos autos que a dívida sob discussão se refere a juros abusivos em relação a contrato de empréstimo celebrado com o pai do apelante, em clara e condenável prática de agiotagem, devem-se acolher os embargos monitórios, para julgar totalmente improcedente o pedido formulado na inicial da ação monitória.

Em casos semelhantes, já se decidiu que:

> Na hipótese dos autos, como defesa de mérito, a embargante, ora apelada, suscita a prática de agiotagem realizada pelo ora apelante. Da análise do conjunto probatório, tem-se que não restou provado o negócio jurídico que deu causa às notas promissórias e ao cheque, juntados com a exordial. Em verdade, houve a comprovação de que o ora apelante praticava empréstimo de dinheiro com cobrança de juros extorsivos, prática não autorizada, desvalidando, assim, eventual relação jurídica a sustentar os títulos cobrados (TAMG, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 422.749-4, Rel. Juiz Mauro Soares de Freitas, j. em 06.08.04, trecho extraído do voto do Relator).
>
> Ementa: Ação monitória. Cheques prescritos. Cabimento, em tese. Demonstração convincente, através de prova direta e indiciária, da origem espúria da dívida, resultante da prática da agiotagem. Procedência dos embargos de devedor. Apelação improvida. - Não obstante cabível, em tese, a ação monitória para a cobrança de quantia representada por cheque prescrito, de acordo com a orientação majoritária da jurisprudência deste e de outros tribunais do País, o pedido do autor não pode prosperar em tal ação, quando demonstrada, através de prova direta e indiciária, a origem espúria da dívida, por ser oriunda de agiotagem, uma vez que, diversamente do que ocorre na execução, em que o título executivo extrajudicial dispensa a investigação da origem do débito, a ação monitória, sujeita ao processo de conhecimento, a qual tem por objeto a atribuição da eficácia executiva a escrito de dívida que não a tenha, comporta a produção de prova ampla, necessária à demonstração da licitude do negócio que lhe deu origem (TAMG, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 311.513-5, Rel. Juiz Fernando Bráulio, j. em 28.09.00).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 224

Por fim, ressalva-se que não há que se falar em constituição de título executivo judicial nem mesmo quanto ao valor original do dinheiro mutuado acrescido de juros dentro dos limites legais, porquanto, em razão da clandestinidade em que a prática de agiotagem ocorreu, não é possível sequer definir qual seja o valor devido em patamares lícitos.

Indenização pela cobrança indevida.

No que tange à pretensão do apelante de receber indenização correspondente ao dobro da quantia indevidamente demandada, deve-se destacar que não é possível dela tratar dentro dos limites da lide tal qual posta à apreciação jurisdicional, visto que, por não consistir defesa oponível à pretensão do apelado, deveria haver sido deduzida por meio de reconvenção - admitida no procedimento da monitória (Súmula 292 do STJ) - ou mesmo de ação direta, mas não por meio de embargos monitórios.

Assim, deve-se negar provimento à apelação quanto a tal pretensão.

Litigância de má-fé.

Quanto ao requerimento acerca da litigância de má-fé deduzido nas razões de apelação, deve-se destacar que o fato de o apelado não lograr êxito em juízo ou mesmo de pretender o recebimento de quantia referente a prática ilícita não caracteriza a litigância de má-fé, que se trata de comportamento antiético dentro da relação processual.

Com efeito, não restou caracterizado - aliás, nem sequer foi alegado de forma incisiva pelo apelante - qualquer comportamento imputável ao apelado que atente contra os deveres processuais (art. 14 do CPC) e que, via de conseqüência, possa ser enquadrado como litigância de má-fé (art. 17 do CPC), razão pela qual não há que se falar em qualquer condenação a esse título.

Destarte, quanto ao requerimento de que ora se trata, também se deve negar provimento à apelação.

Assistência judiciária.

Por fim, quanto ao benefício da assistência judiciária, deve-se destacar que o art. 12 da Lei 1.060/50 foi plenamente recepcionado pela CF/88 - visto que não conflita com a vigente ordem constitucional -, de modo que o referido benefício deve ser concebido nos exatos termos previstos na sentença (f. 558), isto é, deve a exigibilidade das despesas processuais ser suspensa pelo prazo de cinco anos em favor do beneficiário, pois, passando este a ostentar melhores condições econômicas, deverá arcar com as despesas processuais, a fim de não se quebrar o princípio da isonomia.

Desse modo, no que concerne a esse capítulo da sentença, não há que se falar em provimento da apelação.

Conclusão.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação, a fim de, reformando-se parcialmente a sentença, acolher os embargos monitórios, para julgar improcedente o pedido inicial.

Considerando-se que o apelante logrou êxito quanto ao mérito da causa, somente sucumbindo quanto a pretensões de somenos importância, condeno o espólio apelado ao pagamento da integralidade de custas processuais - inclusive recursais - e honorários advocatícios, que, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, fixo em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

O Sr. Des. Adilson Lamounier - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Cláudia Maia - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS AGRAVOS RETIDOS E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - INDENIZAÇÃO - DANO - ERÁRIO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - NÃO-OCORRÊNCIA - MADEIRA -

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 225

DOAÇÃO - ÓRGÃO PÚBLICO - VENDA - APROPRIAÇÃO INDÉBITA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - PRINCÍPIO DA MORALIDADE - PRINCÍPIO DA PROBIDADE - VIOLAÇÃO - CÓ-RÉU - EXCLUSÃO - CONDENAÇÃO - ABRANDAMENTO - NÃO-ACOLHIMENTO - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Ementa: Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade ativa *ad causam*. Improbidade administrativa. Corte de árvores. Legalidade e moralidade. Comutatividade das penas. Princípio da individualização.

- A Constituição da República de 1988, ao definir o Ministério Público, em seu art. 127, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, atribui a ele "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

- A viabilidade de propositura da ação civil pública vem sendo, ao longo dos anos, ampliada pela legislação específica, sendo possível, hoje, falar-se em sua adequação à tutela de interesses individuais indisponíveis, como é o caso da proteção ao patrimônio público.

- Nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, constituem atos de improbidade administrativa aqueles que importem na violação aos princípios administrativos e prejuízo ao erário, devendo o agente público infrator ser submetido às penalidades cominadas no art. 12 da referida lei.

- Na aplicação da lei, o magistrado não dispõe de discricionariedade e carece de respaldo legal para o afastamento da cumulatividade das penas, que devem ser aplicadas exatamente nos termos da Lei 8.429/92 e do § 4º do art. 37 da Constituição da República, podendo sofrer abrandamento, todavia, em certas situações, em adequação aos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0620.03.001766-4/001 - Comarca de São Gonçalo do Sapucaí - Apelante: Nelson Costa Ribeiro - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. DÁRCIO LOPARDI MENDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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, 24 de maio de 2007. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes - Trata-se de apelação interposta por Nelson Costa Ribeiro, contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de São Gonçalo do Sapucaí, que, nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido inicial para condenar o réu: a ressarcir integralmente o dano causado ao Município de São Gonçalo do Sapucaí; a pagar multa no valor de três vezes o prejuízo sofrido pelo erário municipal; à perda da função pública que por ventura estiver exercendo até o trânsito em julgado da decisão; suspender seus poderes políticos pelo período de 8 anos; proibi-lo de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente.

Determinou, ainda, que o réu arque com metade das custas e despesas processuais.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 226

Em suas razões recursais de f. 544/549, o apelante aduz, em preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a ação civil pública de que trata a Lei nº 7.347/85 não é própria para os fins de ressarcimento de possíveis danos ao erário.

No mérito, assevera que não existe nos autos prova de que o apelante se tenha beneficiado com o corte das árvores de eucalipto, afirmando que toda madeira foi utilizada em prol do Município e de pessoas carentes.

Destaca os balancetes de f. 277/279 e os recibos de f. 269/276, que comprovam a utilização da madeira pela Fundecar na construção de cercas e vendas de recursos destinados à manutenção da fundação, bem como a venda de parte da lenha e de mourões para custear o próprio corte e a retirada das árvores.

Salienta, ainda, que foram utilizadas madeiras para duplicação da Rodovia Fernão Dias, como informa o Dr. Sérgio Aparecido Marques, à f. 165.

Aduz que foi celebrado com o co-réu Elói Radin Alferand, às f. 298/300, termo de ajustamento de conduta, envolvendo 3 ações civis públicas, incluindo a presente lide, comprometendo-se o co-réu a pagar a quantia de R$ 15.939,48, em 12 parcelas mensais, como forma de reparação dos danos que teria causado ao patrimônio público, motivo que levou à extinção do processo com relação a ele. Afirma que não lhe foi oferecida nenhuma oportunidade de acordo, embora tenha manifestado o interesse em uma composição amigável.

Ressalta que não pode ser o apelante condenado a ressarcir integralmente o dano, se eram dois réus responsáveis; isso seria uma afronta ao princípio da eqüidade, pois o apelante sempre agiu sob as ordens do co-réu.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às f. 568/585, pugnando pelo não-provimento.

Conheço do recurso, presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

I - Preliminar:

No que diz respeito à preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, certo é que a Constituição da República de 1988, ao definir o Ministério Público, em seu art. 127, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, atribui a ele "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Também elenca dentre suas funções institucionais, no art. 129, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer, em seu art. 81, a categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos, estendeu a esses direitos a proteção por meio da ação civil pública, embora não prevista na Lei nº 7.347/85.

Posteriormente, outras leis também asseguraram o uso da ação civil pública para a defesa dos deficientes físicos, dos investidores no mercado de capitais, dos idosos, da criança e do adolescente.

Na esteira do art. 127 da Constituição da República de 1988, restou consagrada a atuação do Ministério Público na proteção dos interesses individuais indisponíveis, conferindo-lhes, em razão de sua indisponibilidade, aspecto social e coletivo.

Portanto, certo de que a legislação especial não poderá restringir o sentido da norma constitucional supracitada, reduzindo o âmbito de atuação do *Parquet*, entendo, lado outro, plenamente razoável a ampliação de suas atribuições, desde que de forma compatível com os objetivos a que se destina a instituição, ou seja, de forma a aumentar a proteção dos direitos indisponíveis consagrados pela ordem jurídica vigente.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 227

Assim, tenho que a ação civil pública é meio procedimental adequado para a defesa do direito pleiteado, mormente se considerada a importância do patrimônio público social na ordem jurídica vigente.

Não se pode restringir a esfera de atuação do Ministério Público por meio da ação civil pública, sob pena de se negar vigência ao texto constitucional, que dispõe que o *Parquet* deve primar pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dentre os quais se insere o patrimônio público.

Ante ao exposto, rejeito a preliminar.

II - Mérito:

No mérito, é inegável que a conduta do apelante, enquanto estava no exercício de cargo público, afronta os princípios constitucionais regentes da atividade pública e não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio.

Estabelece o art. 37 da Constituição da República de 1988 que:

> A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...

Como cediço, trata-se de normas fundamentais e inarredáveis do exercício das atividades administrativas, consistindo, assim, em parâmetros de validade da conduta administrativa.

Por disposição expressa da Lei de Improbidade Administrativa (art. 4º), é dever de todos os agentes públicos, de qualquer nível e esfera hierárquica, exercer as suas funções com observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, tendo em vista sempre o interesse público e o bem-estar social.

Descreve a Lei 8.429/92 como atos de improbidade administrativa não somente aqueles que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º) e prejuízo ao erário (art. 10), como também aqueles que atentam contra os princípios da administração pública, nos termos do art. 11, estando previstas no artigo as penas cominadas a cada forma de improbidade.

A boa técnica recomenda analisar se o ato praticado pelo agente está em consonância com os princípios administrativos que devem nortear a atividade estatal e, em um segundo momento, a ocorrência de outros efeitos, como o dano ao patrimônio público e o enriquecimento ilícito, passando-se à aplicação das sanções previstas.

Como ensinam Emerson Garcia e Rogério Pacheco, na obra *Improbidade administrativa*, 2. ed., Editora Lumen Juris, 2004:

> (...) os desvios comportamentais que infrinjam a normatividade estatal ou os valores morais de determinado setor em troca de uma vantagem correlata, manifestar-se-ão como formas de degradação dos padrões ético-jurídicos que devem reger o comportamento individual nas esferas pública e privada (p. 03).

Continua o mesmo autor:

> Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou, em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção (p. 07).

Na hipótese vertente, a conduta do apelante sobressai pela afronta ao princípio da legalidade, pois beneficiou a si e a terceiros, através da apropriação indevida de madeiras doadas pelo DNER ao Município de São Gonçalo do Sapucaí. Tal fato consiste em conduta ilícita, visto que não possui previsão e autorização legal, sendo que, por esse princípio, na lição de José dos Santos Carvalho Filho, "... toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita" (*in Manual de direito administrativo*, 15. ed., p. 16).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 228

Segundo constato na perícia e na investigação, o número de árvores doadas pelo DNER foi muito menor do que as efetivamente cortadas pelo apelante, sendo que as realmente autorizadas foram utilizadas pelo Município e em prol de pessoas carentes, contudo as demais foram vendidas pelo apelante, ficando com ele o valor arrecadado.

Para tal empreitada, o apelante contou com o apoio do ex-prefeito, Elói Radin Allerando, que, inclusive emprestou maquinários da Prefeitura.

Como prova do desvio e de que o apelante se apoderou do dinheiro resultante da venda da madeira, temos os depoimentos de José Bento Resende Vilela de Valias (f.113/114 do inquérito civil), Valdir Gonçalves Teixeira (f. 150), Osvaldo Henrique Vilela (f.172), Vinícius Domingues de Carvalho (f.185), Evandro Nogueira Junqueira (f.186), Pedro Passos Mariano (f. 192), entre outros.

Com relação às alegações de que o dinheiro foi doado à Fundecar, tal fato não restou comprovado nos autos, nem sequer houve indícios, motivo pelo qual não procede.

Tem-se ainda que o recorrente não agiu com a razoabilidade e a eficiência esperadas, deixando de ponderar acerca da coerência e da adequação entre a situação fática instalada e o ato praticado, que, ao final, à obviedade, não alcançou os fins almejados, mostrando-se fora dos padrões de aceitabilidade e injustificado.

Além de violar o ordenamento jurídico, causou prejuízo aos cofres públicos, já que as madeiras cortadas tinham finalidade específica, qual seja elas deveriam ser usadas para doação às pessoas carentes.

Assim, ao vender as madeiras cortadas e se apropriar de parte da quantia arrecadada, além de ofensa ao princípio da legalidade, ofendeu também o da moralidade e o da probidade, mormente porque nem sequer prestou contas dos recursos financeiros recebidos.

Ressalte-se que o recorrente deixa claro no processo que agiu de forma livre e consciente, ao vender as madeiras de finalidade específica e arrecadar dinheiro para quitar dívidas da fundação em que era presidente, sem, contudo, comprovar tal fato. Portanto, a conduta se amolda perfeitamente à hipótese de violação aos princípios da administração pública previstos na Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, mesmo o apelante não sendo agente público, como ressaltado pelo MM. Juiz monocrático, o mesmo concorreu para o ato de improbidade e dele se beneficiou de forma direta, devendo, pois, ser julgados procedentes os pedidos iniciais.

Com relação ao pedido de abrandamento da condenação, em virtude da exclusão do ex-Prefeito da lide, tal pretensão não merece acolhimento, tendo em vista o caráter individual da pena.

Além disso, o magistrado não dispõe de discricionariedade e carece de respaldo legal para o afastamento da cumulatividade das penas, que devem ser aplicadas exatamente nos termos da Lei 8.429/92 e do § 4º do art. 37 da Constituição da República.

Acerca do tema, leciona Emerson Garcia, na obra *Improbidade administrativa*:

> Regulamentando o preceito constitucional, estabelece o art. 12 da Lei nº 8.429/92, em cada um de seus três incisos, as sanções que serão aplicadas às diferentes formas de improbidade, elenco este que se encontra previsto de forma aglutinativa, separado por vírgulas e cuja última sanção cominada foi unida ao todo pela conjuntiva 'e'.
> Em razão de tal técnica legislativa, inclinamo-nos, como regra geral, pela imperativa cumulatividade das sanções, restando ao órgão jurisdicional a discricionariedade de delimitar aquelas cuja previsão foi posta em termos relativos, (...) (f. 533).

Lado outro, o que se pretende na aplicação das penas é o caráter pedagógico para reprimir novos acontecimentos, pois, se aplicarmos somente a pena de devolução da quantia apropriada indevidamente, estaria, tão-somente

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 229

voltando ao *status* anterior, e não coibindo novos acontecimentos.

Assim, tenho que as penalidades foram fixadas em seus patamares condizentes com a aplicação dos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Almeida Melo e Célio César Paduani.*

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO ANULATÓRIA - TÍTULO DE CRÉDITO - CANCELAMENTO DE PROTESTO - REPARAÇÃO DE DANOS - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - DUPLICATA - ENDOSSO TRANSLATIVO - BANCO - LEGITIMIDADE DE PARTE - PROTESTO INDEVIDO - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - ENDOSSATÁRIO - DIREITO DE REGRESSO ASSEGURADO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Ementa: Processual civil. Ação anulatória cumulada com reparação de danos. Duplicata simulada. Endosso translatício. Banco. Legitimidade passiva *ad causam*. Protesto indevido. Dano moral configurado. Endossatário. Direito de regresso assegurado.

- O banco que recebe, por meio de contrato para desconto de títulos, duplicatas frias e as leva a protesto sem verificar previamente a regularidade de sua emissão possui legitimidade para figurar no pólo passivo da ação anulatória de título de crédito e de cancelamento de protesto.

- O protesto de duplicata simulada pelo banco endossatário é indevido, uma vez que este não se valeu das cautelas necessárias para a verificação da relação jurídica que deu origem ao título.

- O protesto indevido de título acarreta dano moral à pessoa jurídica, haja vista a mácula de sua origem perante os seus clientes, fornecedores e instituições de crédito.

- A declaração de inexigibilidade do título em relação à empresa autora, diante da ausência de *causa debendi*, não frustra o direito de regresso do apelante em relação à empresa sacadora da duplicata, a ser requerido em ação própria.

- Os honorários advocatícios são devidos se houver litígio e sucumbência, ainda que em sede de processo cautelar, nos termos do art. 20, *caput*, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.06.002788-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Banco do Brasil S.A. - Apelada: Trans Wells Expresso Rodoviário Ltda. - Relator: Des. D. VIÇOSO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2007. - *D. Viçoso Rodrigues* - Relator.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 230

Notas taquigráficas

O Sr. Des. D. Viçoso Rodrigues - Trata-se de recurso de apelação aviado por Banco do Brasil S.A. contra r. sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação anulatória de título de crédito c/c cancelamento de protesto e seus efeitos c/c reparação de danos movida por Trans Wells Expresso Rodoviário Ltda., julgou parcialmente procedente o pedido inicial, a fim de declarar nulos os documentos *sub judice*, determinando o cancelamento definitivo do protesto e condenando o Banco do Brasil S.A. e a Empresa Multicon Administração e Serviços Ltda. ao pagamento da importância de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de danos morais, corrigidos pelo índice da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, e juros de mora de 1% ao mês, a partir da decisão.

Irresignado, insurge-se o apelante contra r. decisão suscitando em preliminar a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que não é o sacador, nem o emitente das duplicatas objeto do protesto, sendo mero financiador da empresa sacadora dos títulos.

Afirma que pactuou com a empresa Multicon Administração e Serviços Ltda. um contrato de prestação de serviços de cobrança, que prevê em sua cláusula 13ª a isenção de responsabilidade por parte do ora apelante quanto à autenticidade das informações prestadas pela empresa financiada.

Sustenta que a única obrigação do apelante é descontar o título e liberar o valor antecipadamente ao financiado, que transfere todos os direitos inerentes ao título para o banco, que, por sua vez, tem o direito de cobrar o valor constante naquele, inclusive procedendo ao seu protesto em caso de inadimplemento.

Quanto ao mérito, aduz que as duplicatas foram descontadas junto ao banco mediante endosso translativo e, como não se trata de endosso-mandato, a *causa debendi* não interessa ao apelante, que não é parte na relação negocial.

Dessa forma, quando protestou as duplicatas, agiu na defesa de seu direito e dever de diligenciar a cobrança, pois, na qualidade de proprietário daquelas, possui legítimo interesse em protestá-las para assegurar o direito de regresso contra o endossante.

Assevera que não restou comprovada por parte da apelada a existência de dano que atingisse a sua honra, imagem e reputação que possui no mercado em que atua, não ensejando, assim, qualquer reparação a título de dano moral.

Pelo princípio da eventualidade, alega que o *quantum* fixado a título de indenização se mostrou absurdo, devendo ser reduzido para patamares razoáveis, devendo ainda ser determinada a quantia com que o apelante e a empresa Multicon Administração e Serviços Ltda. deverão arcar.

No que tange à ação cautelar de sustação de protesto, afirma que não concorda em efetuar o pagamento das custas e honorários advocatícios, haja vista que não é o responsável pela emissão das duplicatas, sendo que agiu dentro do seu direito enquanto endossatário, devendo a empresa Multicon Administração e Serviços Ltda. ser condenada a arcar sozinha com tais custas.

Requer, por fim, seja reconhecido o seu direito de regresso contra a empresa Multicon Administração e Serviços Ltda.

Pugna pelo provimento do recurso, buscando o acolhimento da preliminar suscitada e, quanto ao mérito, seja reformada a sentença prolatada em instância primeva, para julgar improcedente o pedido inicial. Pelo princípio da eventualidade, caso não seja o entendimento deste Tribunal, requer seja reduzido o valor da indenização a título de danos morais, bem como a definição da quantia que lhe incumbe pagar.

Contra-razões às f. 199/212, buscando a manutenção da decisão.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 231

Este o relatório. Decido.

Conheço do recurso por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar: ilegitimidade passiva *ad causam.*

Em que pese o entendimento do apelante, entendo que a presente preliminar merece ser rejeitada, pelos fundamentos que passo a expor.

Primeiramente, cumpre ressaltar que, no que tange à questão da legitimidade, à luz dos princípios processuais e normas jurídicas vigentes, sabe-se que a ação, como direito de provocar a atuação do Poder Judiciário, exige por parte do autor e do réu o preenchimento de determinados requisitos denominados, doutrinariamente, de condições da ação.

Dentre tais condições, estaria a legitimação das partes, que conceitua Liebman da seguinte forma:

> Legitimação para agir (*legitimatio ad causam*) é a titularidade (ativa ou passiva) da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa com referência à qual ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva... entre esses dois quesitos, ou seja, a existência do interesse de agir e sua pertinência subjetiva, o segundo é que deve ter precedência, porque só em presença dos dois interessados diretos é que o juiz pode examinar se o interesse exposto pelo autor efetivamente existe e se ele apresenta os requisitos necessários (*Manual de direito processual civil.* Trad. de Cândido Dinamarco. Forense, p. 157).

Com efeito, são legitimados ao processo os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito, sendo certo que a titularidade ativa da ação deve ser procurada apenas com relação ao próprio interesse constante da pretensão do autor, sob pena de se adentrar o mérito da causa precocemente, antes de encerrada a instrução processual.

Assim, basta que inicialmente seja demonstrado que a relação processual litigiosa se trava entre o possível titular do direito pretendido (legitimação ativa) e o sujeito que estaria obrigado a suportar os efeitos oriundos de uma sentença que julgue procedente o pedido inicial (legitimação passiva).

Sabe-se que há vários tipos de endosso, como o endosso pleno ou translatício, o endosso-mandato e o endosso-caução, que têm implicações diversas na circulação do título e na responsabilidade de cada um que integra a cadeia de transferência do mesmo.

Quando o endosso efetuado é o chamado pleno ou translatício, a transferência do título é completa, de todos os direitos dele advindos, possuindo o efeito de obrigar o endossante a responder pela aceitação e pelo pagamento do título, sendo comum a realização de tal endosso em operações de desconto de títulos feitos pelas instituições financeiras.

Acerca de tais operações, elucida-se:

> Desconto de títulos. É operação comercial, notadamente bancária, consistente na cessão do título, por endosso, a certa pessoa, em virtude do qual o proprietário dele recebe por antecipação o valor do mesmo, com o desconto dos juros ou prêmios estipulados para efetividade do contrato. (...)
> Na operação de desconto de títulos, em regra, o simples endosso, sem qualquer restrição, é o meio de realizá-lo. E, por ele, o descontador torna-se o legítimo proprietário do título, com o direito de exigir do aceitante e dos coobrigados o seu pagamento no dia de seu vencimento.
> O vendedor, pelo endosso, que se diz cedente ou descontante, permanece coobrigado ao título, até que seja resgatado pelo aceitante, ou pelos endossatários que o antecedem na obrigação (DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 442).

No caso em tela, o banco/endossatário assumiu a titularidade das duplicatas viciadas e encaminhou-as para protesto sem verificar previamente a sua existência ou regularidade,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 232

restando, assim, evidente a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da ação.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Duplicata - Anulação e sustação de protesto - Operação de desconto realizada por instituição financeira - Legitimidade de parte - Existência do negócio jurídico subjacente - Matéria de prova.
> - Tem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de nulidade de título e sustação de protesto o banco que recebe, em operação de desconto, duplicata fria e a leva a protesto.
> - Existência do negócio jurídico subjacente a depender do reexame de matéria fático-probatória. - Incidência da Súmula nº 7 do STJ.
> Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 541460/RS, Min. Rel. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 18.08.2005).

Diante do exposto, rejeito a preliminar.

Mérito.

A duplicata mercantil é um título emitido a partir do estabelecimento de uma relação jurídica que se compõe, de um lado, pelo fornecedor de um bem ou serviço, e de outro, pelo adquirente desse bem ou serviço. Trata-se, portanto, de um título intrinsecamente relacionado a uma determinada *causa debendi*, qual seja uma compra e venda ou prestação de serviço.

De acordo com o art. 15, inciso II, da Lei 5.474/68, sendo a duplicata um título causal, o negócio subjacente prova-se com aceite ou comprovante de entrega da mercadoria ou do serviço. A emissão do título pressupõe o ajuste de vontade das partes no sentido de celebrar um negócio jurídico imaculado de qualquer vício.

Nesse sentido, é a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

> A duplicata mercantil é um título causal (...) sua emissão somente é possível para representar crédito decorrente de uma determinada causa prevista em lei. Ao contrário dos títulos não-causais (que alguns também chamavam de abstratos, mas cuja abstração nada tem que ver com a vinculação maior ou menor à relação fundamental), a duplicata não pode ser sacada em qualquer hipótese segundo a vontade das partes interessadas. Somente quando o pressuposto de fato escolhido pelo legislador - a compra e venda mercantil - se encontra presente, é que se autoriza a emissão do título (COELHO, Ulhoa Fábio. *Manual de direito comercial*. 13. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 285).

O apelante entende que não é responsável pela verificação do lastro das duplicatas que lhe são transferidas por endosso translativo quando celebra operação de desconto dos referidos títulos com seus clientes.

Contudo, tenho que seu entendimento é equivocado, pois a instituição financeira, a meu juízo, tem o dever de verificar a idoneidade dos títulos cuja titularidade lhe é transferida em razão da operação de desconto.

> Por intermédio do contrato de desconto bancário, há a transferência do título de crédito e, dessa forma, necessário se faz o registro do protesto para fins de exercício do direito de regresso. Entretanto, responde o banco pelos danos decorrentes do protesto indevido.
> Sendo a duplicata título causal, deve a instituição financeira, ao promover o desconto bancário, preocupar-se em examinar se a mesma possui lastro, mormente se não consta o aceite do devedor originário (TAMG - Ap. Cív. 400.304-1).

A causa de emissão da duplicata pode ser comprovada pelo aceite do sacado ou pelo comprovante de entrega da mercadoria. Poderá também ser demonstrada por qualquer meio idôneo capaz de atestar, de forma inequívoca, a relação subjacente ao título de crédito.

Compulsando os autos, não vislumbro qualquer documento que seja capaz de permitir a este Julgador formar um juízo de convencimento no sentido de que o apelante, ao tempo da realização da operação financeira, tomou as devidas cautelas, verificando a consistência das cártulas que foram descontadas.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 233

Nessa ordem de idéias, não resta dúvida de que o protesto do título se deu de forma indevida, uma vez que o sacado não deu causa à emissão do documento, nem sequer tinha conhecimento da sua existência.

O apelante, ao objetivar resguardar com o protesto o direito de regresso contra o endossante, nos termos do art. 13, § 4º, da Lei Federal nº 5.474/68, causou dano à imagem da empresa apelada, que, em momento algum, contribuiu para a celeuma descrita nestes autos.

O apelante, além de não verificar a higidez dos documentos que negociou, promoveu o protesto do título, a meu juízo, de maneira equivocada, causando constrangimentos à empresa apelada.

A jurisprudência acompanha o entendimento ora esposado, a saber:

> Ação de sustação de protesto cumulada com declaratória de inexigibilidade de débito e perdas e danos - Banco - Operação de desconto - Legitimidade - Culpa - Dano moral - Prova - Fixação - Liquidação de sentença.
> - A instituição financeira que recebe duplicata fria, por endosso translativo, descontando-a, torna-se titular dos direitos emergentes da letra e, como tal, responde pelo pedido de sustação de protesto, inexigibilidade de débito e perdas e danos.
> - Age negligentemente o banco que, ao receber duplicata sem aceite e, principalmente ao remetê-la a protesto, não toma os cuidados mínimos necessários, tais como exigir as notas fiscais respectivas e a prova da entrega das supostas mercadorias, devendo responder, civilmente, quando lesa terceiro que nada deve, ao denegrir sua imagem perante a sociedade.
> - O protesto indevido de título implica ofensa à imagem da pessoa, pois leva a conhecimento público a equivocada premissa de que a mesma não está apta a honrar seus compromissos, ocasionando-lhe, por consectário, danos morais, os quais decorrem, tão-só, da inscrição irregular, dispensando comprovação a respeito (extinto TAMG - AC nº 340.330-1 - Primeira Câmara Cível - Rel. Silas Vieira - *DJ* de 20.11.2001).

Cumpre salientar que o protesto indevido de título inviabiliza a captação de recurso junto ao mercado financeiro, o que gera incontestável prejuízo a quem tem de suportar a restrição de crédito, razão pela qual entendo ser devida a indenização por danos morais.

Nesse sentido:

> Civil - Ação anulatória de título c/c indenizatória - Protesto indevido - Endosso - Duplicata sem aceite - Responsabilidade do banco - Ressarcimento devido - Valor razoável - Ausência de enriquecimento sem causa.
> I. Procedendo o banco a protesto indevido de duplicata sem aceite, responde ele pelos danos morais causados, os quais, na espécie, foram fixados pelo Tribunal estadual em parâmetro razoável, compatível com a lesão.
> II. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp nº 503.220/MG, Rel. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 20.4.2006, *DJ* de 22.5.2006, p. 204).

> Agravo regimental - Ação anulatória de título c/c pedido de indenização - Duplicata sem aceite - Protesto indevido - Responsabilidade do banco endossatário - Dano moral.
> 1. O banco que recebe para desconto duplicata sem lastro e a leva a protesto responde por perdas e danos.
> 2. O protesto indevido de duplicata enseja indenização por danos morais, sendo dispensável a prova do prejuízo. Precedentes.
> 3. O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle desta Corte, mas somente quando a quantia arbitrada revelar-se irrisória ou exagerada, o que não ocorre na espécie.
> 4. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no Ag nº 284.676/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 14.2.2006, *DJ* de10.4.2006, p. 193).

Contudo, é necessário ressaltar que a declaração de inexigibilidade do título em relação à apelada, diante da ausência de *causa debendi*, não frustra o direito de regresso do apelante em relação à empresa sacadora da duplicata, a ser requerido em ação própria.

A relação estabelecida entre a sacadora do título e o sacado é distinta da que se esta-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 234

belece entre o endossante e o endossatário, em face da operação de desconto celebrada.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Comercial - Duplicata - Simulação - Ação de anulação - Acordo entre as partes - Insurgência do banco que recebeu o título em endosso translativo - Pretensão de protesto descabida por reconhecida falta de higidez da cártula - Direito de regresso assegurado.
> I. Configurada a falta de higidez da duplicata emitida contra a autora, improcede a resistência oferecida pelo banco que a recebeu em endosso translativo de levar a protesto o título viciado, porquanto seu direito de regresso é de todo modo assegurado contra a empresa sacadora, ré da ação anulatória.
> II. Recurso especial conhecido e improvido (STJ - REsp 190894/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* de 14.03.2006).

> Duplicata sem causa - Protesto - Endosso - Responsabilidade do banco endossatário.
> - O banco que recebe por endosso duplicata sem causa e a leva a protesto responde pelo dano que causa ao indicado devedor e pelas despesas processuais com as ações que o terceiro foi obrigado a promover, ressalvado o direito do banco de agir contra o seu cliente. Precedentes.
> Recurso conhecido e provido (STJ - REsp 327828/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 07.02.2002).

Analisando a questão da fixação do *quantum* da indenização do dano moral, entendo que esta deve resultar de um equilibrado estudo das repercussões patrimoniais da pena imposta ao agente do ato lesivo, especialmente, sem exageros ou excessos, mas sem que se torne, em contrapartida, iníqua ou insignificante ao domínio do que lesa.

Sabe-se que, em se tratando de dano moral, o conceito de ressarcimento abrange duas forças: uma de caráter compensatório, visto que, uma vez causado o dano, não há como repará-lo, mas sim compensar o abalo à esfera ética do indivíduo; outra de caráter punitivo, visando desestimular a repetição de condutas ilícitas que atinjam o patrimônio ético das pessoas.

Oportuno lembrar a lição de Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7 - Responsabilidade civil, p. 78):

> A fixação do *quantum* competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e, nos casos de dano moral não contemplado legalmente, a reparação correspondente será fixada por arbitramento (CC, art. 1.553, *RTJ* 69: 276, 67: 277).

Portanto, em se tratando de indenização por dano moral, o critério de fixação é conferido ao juiz, que deverá arbitrar subjetivamente, levando em conta fatores como a gravidade da lesão e sua repercussão, a capacidade econômica das partes, as circunstâncias do caso.

A meu juízo, o valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais), arbitrado pela sentença primeva se mostra adequado, na medida em que cumpre sua dupla função, ao compensar os dissabores suportados pela autora e desestimular a repetição dos fatos noticiados nos autos, razão pela qual o mantenho, devendo os réus arcar com o pagamento da indenização de forma solidária.

Por fim, no que tange à ação cautelar de sustação de protesto, pretende o apelante seja a empresa Multicon Administração e Serviços Ltda. condenada a arcar sozinha com o pagamento das custas e honorários advocatícios, sustentando que não é o responsável pela emissão das duplicatas e que agiu dentro do seu direito como endossatário.

Contudo, razão mais uma vez não lhe assiste.

O art. 20 do Código de Processo Civil estabelece como regra geral que a parte derrotada nos litígios judiciais deve arcar com as custas do processo e honorários advocatícios.

Tendo o apelante resistido à pretensão deduzida em juízo e a sentença de mérito considerado que o pedido formulado pela apelada era procedente, entendo que restou configurada

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 235

a sucumbência que autoriza a condenação da recorrente no pagamento dos honorários advocatícios.

Mesmo que se queira atribuir caráter cautelar à pretensão, ainda assim os encargos de sucumbência são devidos, já que houve resistência por parte da apelante, dando ensejo ao litígio.

Por essas razões, deve o banco, juntamente com a empresa requerida, arcar com a sucumbência total devida ao autor, conforme estabelecido na douta decisão de primeiro grau.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

O Sr. Des. Elpídio Donizetti - Em se tratando de contrato de desconto bancário, os títulos de crédito são transferidos à instituição financeira mediante endosso pleno. Conforme esclarece Fábio Ulhoa Coelho:

> É importante acentuar que, embora o endosso seja ato indispensável à perfeição do desconto de título de crédito, relações juridicamente diversas há que se podem estabelecer entre banco e cliente pelo endosso de títulos, sem a configuração do desconto bancário. Em outras palavras, não pode ocorrer desconto de títulos de crédito sem endosso do cliente em favor do banco, mas este pode existir sem aquele. Note-se que podem ser divisadas pelo menos três situações em que o banco recebe, por endosso, títulos de crédito de seus clientes. Numa primeira hipótese, o cliente apenas contrata o serviço de cobrança prestado pela instituição financeira, praticando um endosso-mandato, mediante o qual a investe na qualidade de mandatária para o recebimento do crédito devido por terceiro. Noutra hipótese, o cliente contrai um mútuo bancário e oferece em penhor os créditos por ele titularizados, praticando o endosso-caução, que investe o banco na qualidade de credor pignoratício. Por fim, o cliente transfere o seu crédito ao banco, que passa a titularizá-lo em virtude do endosso próprio praticado. Somente nesta última situação pode haver desconto bancário (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 463).

Dessarte, afigura-se evidente que o direito representado pela duplicata protestada foi cedido ao apelante por meio de endosso pleno ou translatício.

Definida a condição jurídica do apelante, constata-se, a princípio, que o apontamento do título para protesto pelo portador, quando dirigido a esse fim específico, sem abuso de direito, trata de prova insubstituível da apresentação do título ao devedor, o que se faz necessário, por exemplo, para fins de resguardar o direito de regresso em face dos demais coobrigados da cártula, interromper a prescrição e requerer a falência do devedor principal. Nesse sentido, dispõe o § 4º do art. 13 da Lei 5.474/68 que:

> Art. 13. A duplicata é protestável por falta de aceite, de devolução ou de pagamento.
> (...)
> § 4º O portador que não tirar o protesto da duplicata, em forma regular e dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de seu vencimento, perderá o direito de regresso contra os endossantes e respectivos avalistas.

Assim, em tratando o apelante de endossatário da duplicata, em regra, constitui exercício regular de direito o envio da cambial para protesto, uma vez que tal ato é necessário para efetuar determinadas provas exigidas em lei.

Todavia, não se pode admitir que o credor, no exercício de tal direito, proceda à cobrança indevida de crédito que sabe inexistir. É o que se depreende da lição de Wille Duarte Costa:

> O protesto cambial é um direito conferido ao possuidor do título que, para assegurar ação de regresso contra os demais coobrigados, pretende requerer a falência do devedor comerciante ou efetuar outra prova prevista em lei. Mas, de um direito que é, em muitos casos, passa a consistir em protesto abusivo, como nos casos de <> (e não duplicatas, como insinua Celso Barbi Filho) sem lastro,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 236

> sem corresponder a uma real venda de mercadoria ou prestação de serviços a prazo (COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito de acordo com o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 248).

No caso sob julgamento, o apelante não procurou se inteirar da origem do título, tratando de cobrá-lo da apelada de forma intimidatória, ou seja, por meio do protesto. Nesse contexto, cumpre ressaltar que a necessidade de efetuação do protesto para garantir o direito de regresso em face dos demais coobrigados do título de crédito não pode, de qualquer forma, prevalecer sobre o direito que o sacado na duplicata fria possui de ver preservado o seu nome e crédito nas relações civis e comerciais. Assim, a despeito da existência de previsão legal expressa permitindo o protesto, não se pode admitir que o endossatário, ciente da inexistência de lastro da duplicata, proceda ao protesto inconseqüentemente, fazendo tábua rasa do direito à honra e ao bom nome do suposto devedor.

Por tais razões, permite-se asseverar que, nas hipóteses em que o endossatário tem ciência de ser possuidor de duplicata fria, não lhe é lícito proceder ao protesto, por configurar tal ato abuso de direito. Obviamente, poderá o endossatário, malgrado faltar-lhe a prova de que apresentou o título ao devedor da cambial, ajuizar ação de ressarcimento em face do sacador da duplicata, uma vez que a ninguém é dado enriquecer-se às custas de outrem, conforme art. 884 do CC/02.

Esclareça-se, por fim, que a realização do protesto para garantir o direito de regresso deve ser admitida apenas nos casos em que se tratar de duplicata sacada legalmente, ou seja, com lastro em negócio jurídico efetivamente realizado entre sacador e sacado. Quando se tratar de duplicata fria, a sistemática legal de envio do título para protesto torna-se desarrazoada, visto que, conquanto a cártula se tenha desvinculado da sua origem no momento em que circulou, o direito do portador somente é proporcionado às custas da violação de direitos do sacado, que nem sequer participou da formação do título. Nesta última hipótese, portanto, não se pode admitir o protesto, ressaltando-se, como mencionado, que o portador do título poderá se voltar contra o endossante, de modo a evitar o enriquecimento sem causa deste.

À guisa de conclusão, entende-se que, uma vez que o apelante tinha conhecimento da inexistência de *causa debendi* da duplicata, deve-se responsabilizá-lo solidariamente com a ré endossante pelos prejuízos causados à apelada em virtude do protesto indevido. Por conseguinte, acompanho o voto proferido pelo eminente Relator.

O Sr. Des. Fábio Maia Viani - De acordo com o Des. Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

EMBARGOS DO DEVEDOR - DUPLICATA SEM ACEITE - EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE - PROTESTO - ENTREGA DE MERCADORIA - ÔNUS DA PROVA - EXECUTIVIDADE - PAGAMENTO - RECUSA - MOTIVO - FUNDAMENTAÇÃO - AUSÊNCIA

Ementa: Embargos do devedor. Duplicata sem aceite. Execução. Possibilidade. Ônus. Instrumento de protesto. Comprovante de entrega de mercadorias. Executividade. Ônus de provar a existência de motivo suficiente para recusa do pagamento. Ausência de demonstração. Recurso improvido.

- É possível a execução de duplicata não aceita, desde que acompanhada do instrumento de protesto e do comprovante de entregas das mercadorias.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 237

- É ônus do devedor sacado comprovar que a mercadoria foi entregue pelo sacado a pessoa estranha à relação jurídica existente entre eles, sob pena de as notas fiscais devidamente assinadas suprirem a falta de aceite lançada na duplicata, como o foi neste caso concreto.

- A duplicata não aceita que se faz acompanhar de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria é título dotado de força executiva.

- É ônus do devedor provar as alegações que visam à desconstituição do título exeqüendo, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Apelação não provida.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0534.06.005741-9/001 - Comarca de Presidente Olegário - Apelante: José Alves da Silva - Apelada: Distribuidora de Peças Carvalho Ltda. - Relator: Des. CABRAL DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 junho de 2007. - *Cabral da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Cabral da Silva - Trata-se de apelação interposta contra r. sentença do Juiz da Vara Única da Comarca de Presidente Olegário, que julgou improcedente o pedido feito nos embargos à execução, tendo determinado que a penhora realizada nos autos era válida; que se trata de títulos dotados de força executiva; que não foram cobrados juros excessivos, uma vez que não havia provas em contrário; e que fosse procedido o regular prosseguimento da execução em apenso.

Alegou o apelante que não houve protesto válido do título executado e, ainda, que não houve comprovação do recebimento das mercadorias. Ao final, requereu que fosse dado provimento ao recurso, com a devida reforma da r. sentença, com a conseqüente extinção da execução em apenso e a devida inversão do ônus da sucumbência, com a condenação da apelada nas sanções de estilo.

Contra-razões de f. 81/85-TJ, nas quais a apelada alegou que os títulos de crédito em questão foram formalizados em estrita observância à Lei de Duplicatas e ao contrato firmado entre as partes, uma vez que entregou as mercadorias no local e para a pessoa que lhe fora indicada. Argüiu, ainda, que a confecção de duplicatas não exige a qualificação completa do devedor, pois, por exemplo, estado civil e profissão não influenciam na validade do título.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

Breve relato, decido.

Em detida análise da questão, concluí que a decisão monocrática não merece reparos.

Trata-se de apelação interposta por José Alves da Silva, em face da sentença de f. 54/63.

Alega o apelante que não houve protesto válido do título executado; que não há prova de que o apelante tenha recebido as mercadorias, seja pessoalmente, seja por preposto; que não há qualquer prova de que o apelante tenha ou teve qualquer relação comercial com o apelado; que não há, nos autos, qualquer prova de que o apelante tenha autorizado o recebimento das mercadorias.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 238

Não foram argüidas preliminares na apelação interposta.

Pois bem.

Consagrando posição já assentada neste Sodalício, entendo ser possível a execução de duplicata não aceita, desde que acompanhada do instrumento de protesto e do comprovante de entrega das mercadorias.

Coaduno com o entendimento de que cumpre ao devedor sacado comprovar que a mercadoria foi entregue pelo emitente sacador a pessoa estranha à relação jurídica existente entre eles. Caso contrário, as notas fiscais devidamente assinadas suprem a falta de aceite lançada na duplicata, como, de fato, foi comprovado no feito (f. 17).

Entendo, ainda, que é dotada de força executiva a duplicata não aceita, objeto de protesto, e que se faz acompanhar de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria, como é o caso dos autos.

Nesse sentido o TJMG:

> Execução - Duplicata sem aceite - Comprovação da entrega da mercadoria - Nota fiscal - Assinatura de funcionário - Protesto - Intimação edital - Regularidade. - Cumpre ao devedor sacado comprovar que a mercadoria foi entregue pelo emitente sacador a pessoa estranha à relação jurídica existente entre eles. Caso contrário, as notas fiscais devidamente assinadas suprem a falta de aceite lançada na duplicata. Não sendo encontrado o devedor no endereço do domicílio por ele próprio fornecido ao Departamento de Trânsito, apresenta-se correto o protesto do título por edital. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 391.970-4, da Comarca de Uberaba, sendo apelante: Heli Reis de Araújo e apelada: Socil Guymarch Indústria e Comércio Ltda., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negar provimento. Presidiu o julgamento o Juiz Manuel Saramago (2º Vogal) e dele participaram os Juízes Unias Silva (Relator) e D. Viçoso Rodrigues (1º Vogal). O voto proferido pelo Juiz Relator foi acompanhado, na íntegra, pelos demais componentes da Turma Julgadora. Belo Horizonte, 8 de maio de 2003. Juiz Unias Silva.

Apelação - Embargos à execução - Duplicatas não aceitas - Instrumento de protesto - Comprovante de entrega de mercadorias - Executividade - Devedora principal - Ônus de provar a existência de motivo suficiente para recusa do pagamento - Ausência de demonstração - Recurso improvido - Alegação de anatocismo - Falta de prova - Soma dos valores das duplicatas - Coincidência com a importância das mercadorias encomendadas. - Consagrando posição já assentada pelo STJ desde a década de 70, a Lei nº 6.458, de 1º.11.77, que teve como objetivo adaptar ao CPC de 1973 a Lei nº 5.474/68, deu nova redação ao seu art. 15, entre outros, permitindo a execução de duplicata não aceita, desde que acompanhada do instrumento de protesto e do comprovante de entrega das mercadorias, e em não tendo o devedor se recusado a apor o aceite, em virtude de um dos motivos elencados no art. 8º. No caso dos autos, apresentados todos os documentos exigidos em lei, não há que se falar em falta de exeqüibilidade dos títulos, especialmente porque os canhotos se referem às mesmas faturas que deram origem à emissão das cártulas, e o número do CPF do devedor constou dos títulos, ao contrário do afirmado pelo embargante. Para justificar sua recusa a pagar o valor dos bens recebidos, cabia ao devedor demonstrar que estava presente um dos vícios listados no art. 8º da Lei nº 5.474/68, o que não foi sequer alegado. Não se tendo desincumbido de tal ônus, e, em vista do recebimento das mercadorias, sem qualquer ressalva, deve ser confirmada a sentença que julgou improcedentes os embargos à execução. Impossível acolher a alegação de que teriam sido embutidos, no valor constante das duplicatas, juros capitalizados, uma vez que o recorrente apresentou meras alegações a respeito, não tendo, sequer, apresentado planilha que emprestasse o mínimo de respaldo fático a esse argumento, pelo que, indubitavelmente, deixou de se desincumbir do ônus probatório atribuído pelo art. 333 do CPC. Tal argumento deve ser definitivamente afastado, em vista da constatação de que a soma do valor dos títulos corresponde exatamente ao preço dos produtos encomendados pelo devedor à credora, e comprovadamente

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 239

entregues. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 407.188-5, da Comarca de Caratinga, sendo apelante: Renato Souza e apelada: Fertilizantes Heringer Ltda., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negar provimento, nos termos do voto do Relator. Presidiu o julgamento o Juiz Mariné da Cunha (Relator) e dele participaram os Juízes Eulina do Carmo Almeida (1ª Vogal) e Francisco Kupidlowski (2º Vogal). O voto proferido pelo Juiz Relator foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora. Belo Horizonte, 18 de setembro de 2003. Juiz Mariné da Cunha.

Analisando o feito, verifico que consta, da nota fiscal de f. 15, o recebimento das mercadorias ali relacionadas no endereço onde o apelante foi citado, não havendo qualquer contraprova do aludido recebimento, bem como dos argumentos utilizados pelo apelante em sua peça defensiva.

O apelante não se incumbiu do ônus de provar o não-recebimento das mercadorias ou o recebimento por pessoa estranha ao mesmo, visto que as mercadorias foram entregues (f. 15-execução) no mesmo endereço onde o apelante foi citado (f. 31-execução), repita-se e frise-se.

Observo que a nota fiscal de f. 15 aponta como endereço de entrega das mercadorias o mesmo endereço do mandado de citação de f. 30, devidamente cumprido à f. 31, qual seja, Rua Sebastião de Brito, 325, Centro, Presidente Olegário-MG, possuindo, inclusive, assinatura do próprio apelante acostada ao referido mandado.

Não há, nos autos, qualquer prova robusta produzida pelo apelante do não-recebimento das mercadorias noticiadas na aludida nota fiscal, que foram entregues no mesmo endereço onde ocorreu a citação do apelante.

A referida nota fiscal, no valor de R$1.434,00, gerou as 3 duplicatas de f. 16/18, no valor de R$ 478,00 cada, estando, inclusive, correto o valor executado.

Processar-se-á a execução de duplicata não aceita, desde que haja sido protestada mediante indicações do credor ou do apresentante do título, se preenchidas as condições do inciso II do art. 15 da Lei de Duplicatas, ou seja, deve ter havido um protesto por indicações da duplicata não devolvida e deve esse protesto estar acompanhado de documento hábil, comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria.

Para justificar sua recusa a pagar o valor dos bens recebidos, cabia ao devedor demonstrar que estava presente um dos vícios listados no art. 8º da Lei nº 5.474/68, o que não foi feito pelo apelado.

Assim, é do embargante/apelante o ônus de provar as alegações que visam à desconstituição do título exeqüendo, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, o que não ocorreu nos autos em análise.

Com tais fundamentos, nego provimento à apelação interposta, mantendo íntegra a sentença primeva por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Roberto Borges de Oliveira* e *Pereira da Silva.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO

-:::-

INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - CULPA CONCORRENTE - DANO MORAL - NÃO-CABIMENTO - DANO MATERIAL - DIVISÃO ENTRE AS PARTES - SEGURO OBRIGATÓRIO-DPVAT - VALOR - DEDUÇÃO - DANO ESTÉTICO - INEXISTÊNCIA - VÍTIMA - TRABALHO - INCAPACIDADE - AUSÊNCIA - PENSÃO VITALÍCIA - IMPOSSIBILIDADE

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 240

Ementa: Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Ônibus e moto. Sentença que não é nula. Avenida com faixa destinada a retorno. Reciprocidade de culpas. Danos morais não ressarcíveis. Danos materiais deferidos pela metade, após o desconto do valor já recebido a título de DPVAT. Lucros cessantes inexistentes. Danos estéticos não configurados.

- Rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença porque a mesma não é contraditória nem omissa.

- Reconhece-se a culpa concorrente, porque tanto a motocicleta quanto o ônibus infringiram as normas de trânsito, na medida em que não poderia haver a ultrapassagem em faixa destinada à manobra de retorno, e também o condutor do ônibus, para realizar a conversão à esquerda, deveria estar posicionado no local adequado.

- Uma vez registrada a concomitância de procedimentos anômalos, os danos morais não são ressarcíveis, conforme jurisprudência firmada no STJ e neste Pretório Mineiro.

- As cicatrizes no braço do autor são de natureza leve, o que descarta a indenização por danos estéticos.

- Os danos materiais devem ser suportados por ambas as partes, no percentual de 50% para cada uma, após descontado o valor pago a título de DPVAT.

- Os lucros cessantes não ficam deferidos porque o próprio autor confirma que está trabalhando e recebendo rendimentos, portanto não ficou incapacitado para exercer atividade laborativa.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0702.01.008576-0/001 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: 1ª) Transcol Transporte Coletivo Uberlândia Ltda., 2ª) Cia. de Seguros Minas Brasil, 3º) Ibe Sérgio de Lima - Apelados: Transcol Transporte Coletivo Uberlândia Ltda., Cia. de Seguros Minas Brasil, Ibe Sérgio de Lima - Relator: Des. FRANCISCO KUPIDLOWSKI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR DO SEGUNDO APELO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO E SEGUNDO APELOS E NEGAR PROVIMENTO AO TERCEIRO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2007. - *Francisco Kupidlowski* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento pela primeira apelante o Dr. Raimundo Cândido Júnior.

O Sr. Des. Francisco Kupidlowski - Pressupostos presentes. Conhece-se de todos os recursos.

Quanto a uma sentença que, na Comarca de Uberlândia - 8ª Vara Cível -, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando a ré a pagar ao autor danos materiais e morais em razão de acidente de trânsito, surgem três recursos. O primeiro foi interposto pela Transcol Transporte Coletivo Uberlândia Ltda., que alega inexistência de culpa concorrente, mas culpa exclusiva da vítima, pelo que, descabidos são os pedidos indenizatórios.

O 2º apelo foi interposto pela Cia. de Seguros Minas Brasil, alegando nulidade da sentença, porque a mesma é omissa e contraditória. Meritoriamente, diz que houve culpa exclusiva do apelado e ausência de ato ilícito

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 241

por parte do motorista da 1ª ré, exorbitância do valor indenizatório, ausência de provas do dano material e necessidade de redução do mesmo em razão da culpa concorrente e dedução do DPVAT já pago, não-configuração do dano moral, ou, alternativamente, redução do mesmo.

O 3º recurso foi interposto pelo autor - Ibe Sérgio de Lima -, alegando ocorrência de ato lesivo, culpa exclusiva do condutor do ônibus que vitimou o 3º recorrente, porque dirigia negligente e imprudentemente, não respeitando as normas de trânsito, conforme atesta o laudo pericial, visando à majoração dos danos morais, materiais e estéticos, além de pensão mensal vitalícia.

Sobre a preliminar de nulidade da sentença suscitada no 2º apelo:

Inocorrente, pois, o fato de o Magistrado singular ter reconhecido a concorrência de culpas no acidente de trânsito e ter condenado a ré ao pagamento indenizatório por danos morais e materiais não torna a decisão contraditória nem omissa.

Lendo-se a sentença, percebe-se que ela não é deficitária, na medida em que houve a exposição dos motivos que levaram ao convencimento do Juiz.

Rejeita-se a preliminar.

1ª apelação: de Transcol Transporte Coletivo Uberlândia Ltda.

Trata-se de ação indenizatória a danos morais e materiais em razão da ocorrência de acidente de trânsito em via urbana.

Analisando-se detidamente os autos, percebe-se que o local do acidente foi a Avenida Aspirante Mega, próximo ao retorno ali existente, sendo ela uma avenida com mão dupla e abertura no canteiro central destinada ao retorno de veículos, devidamente sinalizado com a indicação de onde o veículo deve-se posicionar para a conversão, bastando verificarem-se as fotos constantes às f. 34/35 dos autos.

O boletim de ocorrência de f. 37 foi lavrado de acordo com informações prestadas por testemunha, fazendo constar que o veículo 2 (ônibus), que estava fazendo a manobra para retornar veio a abalroar o veículo 1 (moto do autor).

A perícia técnica de f. 26/33 concluiu que o acidente foi motivado, em sua totalidade, pelo condutor do veículo 2 (ônibus), que, ao efetuar uma manobra de retorno, não se aproximou o máximo possível de sua esquerda, efetuando, assim, uma conversão aberta, vindo a interceptar a trajetória retilínea e preferencial desenvolvida pelo veículo 1, que trafegava à esquerda.

Entretanto, tais considerações devem ser cuidadosamente analisadas, pois a referida perícia foi contratada em caráter particular pela parte interessada, conforme se depreende da f. 26, ou seja, de forma unilateral.

Ressuma dos depoimentos prestados em juízo que o autor trafegava à esquerda da pista, paralelamente ao ônibus, ultrapassando-o e, como o coletivo estava fazendo uma conversão à esquerda, abalroou a motocicleta do autor (f. 359).

A testemunha Luiz Humberto Bento, supervisor de tráfego que atendeu ao acidente que vitimou o autor, disse que ouviu três testemunhas que lhe disseram: "o ônibus estava parado na entrada do canteiro central da avenida para retornar e o autor, ao frear, escorregou a moto por baixo dele" (f. 362).

O motorista do ônibus, Joel Alves Sobrinho, ouvido como informante à f. 363, disse:

> dirigia o ônibus na Aspirante Mega, o qual seguiria até em frente ao portão de entrada do Quartel do Exército, deveria fazer a conversão e voltar pela mesma avenida para chegar ao final do muro do quartel e seguir para o Bairro Planalto. Que, ao fazer o contorno, já estava praticamente parado e ouviu o barulho dos passageiros para parar porque o motoci-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 242

> clista havia caído debaixo do ônibus. Que não ouviu nenhum barulho ou qualquer pancada no ônibus. Que no ônibus não ficou qualquer sinal de batida... Que não parou o ônibus à direita da pista. Que viu a moto vindo muito longe. Que deu sinal de seta para fazer a conversão. Que a conversão no local deve ser feita lentamente... Que a motocicleta foi parar debaixo do ônibus, estando pouco à frente da roda traseira.

Ressuma, portanto, que o autor iniciou uma manobra de ultrapassagem onde não poderia, ou seja, em local destinado a conversão de veículos, próximo a um cruzamento, não tendo ele obedecido à sinalização horizontal. Assim, infringiu as normas de segurança.

Entretanto, conforme dito na sentença, o motorista do ônibus também foi negligente e desrespeitou as normas de trânsito, porque não se certificou da presença de outros veículos antes de iniciar a conversão à esquerda, nem tampouco aproximou o ônibus coletivo do local apropriado para a manobra.

Inexiste nos autos prova de que houve ou não a sinalização adequada do motorista do ônibus, indicando que iria realizar uma conversão à esquerda.

Todavia, conclui-se pela ocorrência de culpa concorrente das partes pelo evento danoso, pois a dinâmica do acidente contou com a atuação negativa de um e de outro.

Ficam, assim, respondidos todos os apelos quanto à questão da culpa no evento, e, por conseguinte, quanto aos danos morais, nenhuma indenização passa a ser devida, pois, conforme jurisprudência assentada no STJ e já neste Pretório Mineiro, ao autor que concorreu para seu próprio sofrimento imaterial não são devidas reparações.

Dessarte, os danos materiais devem ser suportados por ambas as partes, e, assim, a condenação deve ser reduzida à metade, descontada a parcela que o autor já, efetivamente, recebera.

2ª apelação: da seguradora.

A preliminar já restou analisada no início deste voto, bem como os assuntos referentes à culpa do acidente, ocorrência ou não de ato ilícito, dedução do DPVAT já pago e configuração dos danos morais.

Quanto aos danos materiais, *data venia*, restaram comprovados através dos documentos de f. 82/96, não tendo os mesmos sido questionados pelas partes. Entretanto, conforme já dito alhures, em decorrência da reciprocidade de culpas pelo acidente de trânsito, o valor gasto pelo autor para custear o tratamento e medicamentos deve ser reduzido à metade.

3ª apelação: do autor.

Indiscutivelmente, houve ato lesivo, na medida em que o autor se machucou com o acidente; entretanto a culpa pelo infortúnio já restou definida, como sendo concorrente, visto que ambos os motoristas infringiram as normas de trânsito e, assim, inexiste qualquer indenização a título de danos morais.

A respeito dos danos materiais, este Relator já se manifestou, por mais de uma vez, que deverão ser arcados na proporção de 50% para cada parte, descontado o valor já pago pelo seguro DPVAT.

Os danos estéticos são indenizáveis diferentemente dos danos morais e foram solicitados pelo autor; todavia as cicatrizes são de natureza leve e não causam qualquer vexame ao autor, conforme se verifica pelas fotos anexadas aos autos; portanto, o pedido não deve ser atendido.

Finalmente, razão não assiste ao autor quanto ao pedido de pensão mensal vitalícia, porque ele se encontra trabalhando e recebendo rendimentos, o que comprova que não ficou incapacitado para as atividades laborativas.

Com o exposto, dá-se parcial provimento à 1ª e 2ª apelações, negado o provimento à 3ª,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 243

para decotar-se a condenação a título de danos morais e reduzir pela metade a condenação aos danos materiais, após o desconto do valor já recebido pelo DPVAT, mantendo-se a sentença quanto ao mais, inclusive no que toca aos ônus sucumbenciais.

Custas do 1º e 2º recursos em proporção: 60% pelos 1º e 2º apelantes e 40% pelo apelado, isento.

Custas do 3º recurso pelo 3º apelante, isento.

O Sr. Des. Sérgio Braga - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Eulina do Carmo Almeida - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DO SEGUNDO APELO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO E SEGUNDO APELOS E NEGARAM PROVIMENTO AO TERCEIRO.

-:::-

BUSCA E APREENSÃO - VEÍCULO - CONSÓRCIO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - SUB-ROGAÇÃO NO CRÉDITO - LEGITIMIDADE ATIVA - ART.6 º DO DECRETO-LEI 911/69 - SINISTRO - SEGURO - CLÁUSULA RESOLUTIVA UNILATERAL - INVALIDADE - ESPÓLIO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - PEDIDO - INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS - COMPROVAÇÃO - AUSÊNCIA - CONCESSÃO - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Ação de busca e apreensão. Espólio. Requerimento de justiça gratuita. Ausência da comprovação da insuficiência de recursos. Alienação fiduciária. Sub-rogação no crédito. Legitimidade ativa. Configuração. Seguro de vida em grupo. Sinistro. Prêmio. Prestação em atraso. Cláusula resolutiva unilateral. Invalidade. Indenização devida.

- O espólio não detém personalidade jurídica, mas isso não inviabiliza a concessão da assistência judiciária, desde que sua miserabilidade jurídica se encontre demonstrada através de elementos e circunstâncias que fazem prova de sua necessidade econômica.

- O terceiro que se sub-roga de pleno direito no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária, conforme a regra do art. 6º do Decreto-lei nº 911/69, é parte legítima para a propositura da ação de busca e apreensão.

- É inválida a cláusula unilateral resolutiva nos contratos de seguro, de forma que o simples inadimplemento de uma parcela do prêmio não autoriza o cancelamento automático e unilateral da apólice, sem qualquer notificação do segurado, motivo pelo qual, tendo ocorrido o sinistro, é devida a indenização do seguro contratado.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0431.04.011976-7/001 - Comarca de Monte Carmelo - Apelante: Espólio de Isabel Maria Crochela Santos, representado pelo inventariante Wando Felipe dos Santos - Apelado: Itaú Seguros S.A. - Relator: Des. ELIAS CAMILO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2007. - *Elias Camilo* - Relator.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 244

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Elias Camilo - Trata-se de recurso de apelação contra a sentença de f. 97/101, que julgou procedentes os pedidos iniciais da ação de busca e apreensão proposta pelo apelado, tornando definitiva a liminar anteriormente deferida (f. 27-verso), consolidando nas mãos da apelada o domínio e a posse plena e exclusiva do bem *sub judice*.

Condenou, ainda, o espólio apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Fundamentando sua decisão, conclui o ilustre Juiz sentenciante que, constando do contrato celebrado que a indenização referente ao seguro de vida só seria paga se o consorciado estivesse em dia,

> é forçoso concluir que o requerido não tem direito de receber '... indenização que corresponderá à quitação do saldo devedor a vencer...' (f. 40), uma vez que o documento de f. 55 demonstra claramente que a prestação vencida em 19 junho de 2002 só foi paga em 2 de julho de 2002, quatro dias depois do falecimento da Sra. Izabel Maria Crochela Santos (f. 49) (*sic*, f. 100).

Na peça recursal de f. 102/106, sustenta o espólio apelante, preliminarmente, ilegitimidade ativa do apelado, uma vez que o contrato de consórcio foi firmado entre Izabel Maria Crochela Santos e o Consórcio Nacional Wolkswagen Ltda., e não com a apelada Itaú Seguros S.A.

Aduz, ainda, que inexiste notificação no caso em análise, requisito essencial para a propositura de ação de busca e apreensão, tendo em vista que a notificação de f. 20 foi enviada para endereço diverso do meeiro e dos herdeiros da consorciada, assinado por pessoa desconhecida.

Alega que, quando da notificação, o espólio não estava inadimplente, uma vez que só deixou de pagar as prestações devidas após a morte da consorciada, em razão de constar no contrato firmado que, em caso de morte da consorciada, seria garantida aos seus beneficiários uma indenização correspondente à quitação do saldo devedor a vencer (cláusula III do contrato).

Sustenta que a sentença condenou o espólio ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, sem, entretanto, se manifestar sobre a gratuidade de justiça requerida pelo espólio apelante em sua contestação.

Por fim, reitera o pedido de gratuidade de justiça.

Arremata requerendo o provimento do recurso.

Recebido o recurso somente em seu efeito devolutivo, a apelada apresentou as contra-razões de f. 109/116, pugnando pelo seu improvimento.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, porque próprio, tempestivamente apresentado, regularmente processado e isento de preparo por versar a discussão, também, sobre o deferimento da assistência judiciária.

Da gratuidade de justiça.

No que diz respeito à gratuidade de justiça, *in casu*, não resta dúvida de que, a teor do disposto na Lei 1.060/50, as pessoas físicas que se declararem incapazes de responder pelas despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento e de seus familiares têm direito à gratuidade judiciária mediante a simples declaração, sendo desnecessária qualquer outra prova.

O art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988 tornou possível a concessão do benefício da gratuidade à pessoa jurídica, pelo que, em ocasiões excepcionais, têm-se deferido os benefícios da justiça gratuita a espólio, pois o fato de não ser pessoa física não

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 245

o coloca à margem do benefício da gratuidade. Contudo, cabe ao inventariante comprovar fazer jus ao benefício.

Nesse sentido, assim já me manifestei quando do julgamento da Apelação nº 2.0000.00.460747-4/000 e do Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.481172-7/000, de minha relatoria, nos quais fui acompanhado por meus Pares:

> Ação de cobrança - Taxa condominial - Espólio - Requerimento de justiça gratuita - Ausência da comprovação da insuficiência de recursos - Inventário encerrado - Comprovação - Ilegitimidade passiva *ad causam* reconhecida - Extinção do processo. - O espólio não detém personalidade jurídica, mas isso não inviabiliza a concessão da assistência jurídica, desde que sua miserabilidade jurídica se encontre demonstrada através de elementos e circunstâncias que fazem prova de sua necessidade econômica. (...) (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.460747-4/000, j. em 07.04.2005).

> Agravo de instrumento - Espólio - Requerimento de justiça gratuita - Ausência da comprovação da insuficiência de recursos - Apelação - Falta de preparo regular - Deserção. - O espólio não detém personalidade jurídica, mas isso não inviabiliza a concessão da assistência jurídica, desde que sua miserabilidade jurídica se encontre demonstrada através de elementos e circunstâncias que fazem prova de sua necessidade econômica. (...) (TJMG - Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.481127-7/000, j. em 10.03.2005).

E ainda:

> O espólio pode pedir e obter justiça gratuita, desde que o inventariante prove a reduzida expressão econômica do monte, com o qual não pode, sem perda grave do seu patrimônio, intentar lides, fazendo assim jus ao benefício (TJMG - Agravo de Instrumento nº 352753-5, Rel. Des. Silas Vieira, j. em 27.11.2001).

Na mesma esteira segue o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> O verdadeiro propósito da Lei nº 1.060/50 é o de assegurar o acesso ao Judiciário para aqueles que, em razão da humildade de suas condições econômicas, não têm como arcar com as custas e despesas judiciais para o exercício da sua cidadania, em que se compreende o amplo acesso ao Judiciário. Dessarte, improcede a interpretação literal dada ao art. 2º do citado diploma legal de que o espólio, por não ser pessoa física e possuir caráter transitório, está à margem do benefício da gratuidade, o qual a ele se estende, desde que verificada a situação de reduzido monte, originário das parcas posses de pessoas humildes (REsp 98454/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* de 23.10.2000, p. 142).

No caso em apreço, não vejo como analisar a possibilidade de deferimento da assistência jurídica gratuita requerida, pois não fora sequer apresentada, nos autos, uma comprovação de pobreza jurídica do espólio, constando apenas a declaração, na própria contestação e nas razões recursais, de impossibilidade de pagamento das despesas processuais.

Ora, se não resta comprovada a hipossuficiência do espólio apelante, não há como lhe deferir os benefícios da assistência gratuita, pelo que indefiro o pedido de concessão da gratuidade de justiça requerida.

Da preliminar de ilegitimidade ativa.

Aduz o espólio apelante a ilegitimidade ativa da apelada, uma vez que o contrato de consórcio foi firmado com o Consórcio Nacional Wolkswagen Ltda., e não com o apelado, Itaú Seguros S.A., pessoa estranha à lide.

Sem razão o apelante.

É que, segundo a regra contida no art. 6º do Decreto-lei nº 911,

> 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.

Nesse sentido, também a jurisprudência:

> Apelação. Busca e apreensão. Alienação fiduciária. Sub-rogação no crédito. Legitimidade ativa. Constituição em mora. Protesto. Intima-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 246

> ção editalícia. Validade. Ausência de prejuízo. Impossibilidade de se declarar a nulidade. Art. 249 CPC. - O terceiro que se sub-roga de pleno direito no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária, conforme a regra do art. 6º do Decreto-lei nº 911/69, é parte legítima para a propositura da ação de busca e apreensão. (...) (TJMG - Apelação Cível nº 488.193-4, Rel. Des. Irmar Ferreira Campos, j. em 16.03.2005).
>
> Busca e apreensão. Cessão de crédito. Legitimidade ativa. - O terceiro interessado que paga a dívida do devedor se sub-roga, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária, estando, assim, legitimado ao uso da ação de busca e apreensão (Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Sexta Câmara Civil, Rel. Juiz Belizário de Lacerda, AC 341.581-2, j. em 13.09.01).

No caso *sub judice*, compulsando com acuidade a cessão de direitos perpetrada entre o credor fiduciário originário - Consórcio Nacional Wolkswagen Ltda. e a apelada/autora - Itaú Seguros S.A., verifico que tal cessão se operou na forma disposta no art. 6º do Decreto-lei 911/69, com o adimplemento do débito, e conseqüente sub-rogação de crédito, conforme se vê do 'Instrumento Particular de Cessão de Direitos' de f. 15:

> 2) O não-pagamento pelo consorciado do percentual declarado no quadro I acarretou o vencimento da totalidade do saldo devedor em aberto, consoante a cláusula 4.1 do supradito contrato de alienação fiduciária, débito este que a cessionária, na condição de seguradora, se obriga a pagar à cedente, na forma das condições da apólice de seguro emitida em cobertura do risco do crédito concedido.

Sobre o instituto da sub-rogação, Caio Mário da Silva Pereira ensina:

> Tal como estruturado em nossa sistemática, chama-se sub-rogação a transferência da qualidade creditória para aquele que solveu obrigação de outrem ou emprestou o necessário para isso. Na palavra mesma que exprime o conceito (do latim *sub-rogare*, *sub - rogatio*) está contida a idéia de substituição, ou seja, o fato de uma pessoa tomar o lugar de outra, assumindo a sua posição e a sua situação (*Instituições de direito civil*. 16. ed., Editora Forense, v. II, p. 144).

E ainda:

> Diz-se legal a sub-rogação que decorre da vontade da lei, pura e simplesmente, sem que para sua verificação seja necessário intervir a vontade das partes, ou o acordo, quer do credor quer do devedor. Como imposição da lei, a sub-rogação legal ocorre mesmo contra a vontade do devedor ou do credor, e nisso residem a maior força e o maior interesse deste instituto, e sua afirmação essencial de benefício ao *solvens* (*op. cit*., p. 146).

Note-se que o devedor não faz parte do negócio jurídico de cessão celebrado e, mais, que não há previsão expressa no Decreto-lei 911/69, norma especial em relação às preconizadas no Código Civil, obrigando a cessionária, ora apelada, terceiro interessado, a notificar o devedor, ora apelante, da sub-rogação perpetrada.

Por todo o exposto, não restam dúvidas de que a apelada, na condição de terceiro interessado, que se sub-rogou, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária, tudo conforme a regra do art. 6º do Decreto-lei nº 911/69, é parte legítima para a propositura da presente ação.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa.

Do mérito.

A Sr.ª Des.ª Hilda Teixeira da Costa - Considerando que o título pago em atraso poderia ser regularmente quitado até o 30º dia após o pagamento (f. 18), também dou provimento ao recurso, embora ouse divergir de parte da fundamentação do eminente Desembargador Relator.

O Sr. Des. Renato Martins Jacob - Acompanho o eminente Relator.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 247

O Sr. Des. Elias Camilo - No mérito, aduz o espólio apelante não haver que se falar em inadimplência quando realizada a notificação (f. 20), uma vez que só teria deixado de pagar as prestações devidas após a morte da consorciada, e em virtude de cláusula contratual (seguro de vida) que garantia aos beneficiários desta, em caso de sua morte, indenização correspondente à quitação do saldo devedor.

Sustenta, ainda, a ausência de notificação no caso em análise, ao argumento de que esta teria sido enviada a endereço diverso do endereço do meeiro e herdeiros da consorciada, tendo sido recebida por pessoa estranha.

Assim, quanto à alegada ausência de inadimplência em razão do seguro de vida contratado, verifica-se que o contrato de consórcio *sub judice* assim dispôs sobre tal seguro:

> III - Seguro de vida em grupo
> 1 - Finalidade
> Na qualidade de estipulante, a Administradora contratou o seguro de vida em grupo (seguro), autorizado pela legislação vigente, com a finalidade de, em caso de óbito, garantir aos beneficiários do Consorciado, tenha ele sido contemplado ou não, uma indenização que corresponderá à quitação do saldo devedor a vencer (*sic*, f. 60).

E ainda:

> 15. Seguro de vida (Prestamista) - Condição especial: O Consorciado declara que: (...); (III) está ciente de que apenas fará juz à indenização se, na data do óbito, sua quota estiver na situação de 'Em Dia' ; (...). (*sic*, f. 11).

Dessa forma, de acordo com citadas cláusulas contratuais, a indenização do seguro de vida em questão só seria devida quando, na data do sinistro (morte), o consorciado se encontrasse em dia com as suas obrigações (pagamento das parcelas devidas).

No presente caso, constata-se que, na data do óbito da consorciada (dia 28.06.2002), esta se encontrava em atraso com o pagamento da parcela vencida em 19.06.2002, parcela esta que foi normalmente quitada em 02.07.2002, portanto alguns dias após o falecimento da consorciada/segurada.

A respeito da validade da cláusula contratual resolutiva unilateral, tratando-se de contrato de seguro firmado antes da entrada em vigor do novo Código Civil, esta Corte já firmou o posicionamento no sentido de que é inválida tal cláusula resolutiva unilateral, de forma que o simples inadimplemento de uma parcela do prêmio não autoriza o cancelamento automático e unilateral da apólice, exigindo-se prévia notificação para que a resolução se efetive.

Nesse sentido:

> Nos contratos de seguro, é nula a cláusula que prevê a rescisão unilateral do contrato pela seguradora, devendo no mínimo ser notificado o segurado e no máximo ser referida rescisão requerida em juízo, se for o caso. A falta de pagamento de apenas uma parcela do prêmio, a quarta parcela, não autoriza o rompimento do contrato, ante o substancial adimplemento das parcelas posteriores (TJMG - Apelação Cível nº 412.035-2, Rel. Des. Antônio Sérvulo, j. em 17.12.03).
>
> O atraso no pagamento de parcelas do prêmio autoriza o segurador a cobrá-las com juros da mora, conforme dispõe o art. 1.450 do Código Civil, de 1916. Não faculta, porém, a unilateral rescisão do contrato ou a suspensão de sua eficácia, pelo segurador, quanto ao direito do segurado de ressarcimento garantido pela apólice. É nula a cláusula que prevê a perda do direito do segurado a receber a indenização, prevista na apólice, em decorrência de sinistro, devido a atraso no pagamento de parcela do prêmio, mormente quando houver alteração tácita do contrato (TJMG - Apelação Cível nº 398.239-6, Rel. Des. Roberto Borges de Oliveira, j. em 23.09.03).
>
> O atraso no pagamento de parcela do prêmio de seguro não acarreta ao segurado a perda da indenização correspondente ao sinistro, pela eventual rescisão unilateral do contrato, sendo incabível esta, quando autorizado ao segurador cobrá-la com juros e correção monetária, conforme disposição contida no art. 1.450 do Código Civil vigente na época do fato (TJMG - Apelação Cível nº 389.791-2,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 248

Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. em 08.05.03).

A matéria foi pacificada no âmbito da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, através de acórdão assim ementado:

> Civil e processual. Seguro. Automóvel. Atraso no pagamento de prestação. Ausência de prévia constituição em mora. Impossibilidade de automático cancelamento da avença pela seguradora. Dissídio jurisprudencial configurado. Cobertura devida. - I. O mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação. - II. Recurso especial conhecido e provido (REsp 316.552-SP, Rel. Juiz Aldir Passarinho Junior, *DJ* de 12.04.04, p. 184).

Ademais, não há que se falar em estímulo à inadimplência ou à má-fé no entendimento em questão, pois lhe é reconhecido o direito de cobrar a parcela em atraso ou de promover, pelos meios apropriados, a rescisão formal do contrato, sendo certo ainda que, no caso *sub judice*, o pagamento da parcela vencida e em atraso foi realizado sem qualquer restrição por parte do consórcio ou da seguradora, somente com alguns dias de atraso.

O que não deve ser aceito, em verdade, é recompensar o malicioso e conveniente silêncio da seguradora com a exclusão de seu dever de indenizar, acarretando a indevida perda dos prêmios já pagos pela segurada.

Assim, não há que se falar não ser devida a indenização referente ao contrato de seguro de vida em grupo contratado, que garantia aos beneficiários da segurada, em caso de sua morte, indenização correspondente à quitação do saldo devedor remanescente, motivo pelo qual também não se pode falar em inadimplência do espólio apelante.

Afastada a inadimplência do espólio apelante, resta prejudicada a análise da validade ou não da notificação para a constituição da mora.

Com tais considerações, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa e, no mérito, dou provimento ao recurso, reformando a sentença recorrida, para julgar improcedente o pedido inicial da ação de busca e apreensão proposta pelo apelado, cassando a liminar anteriormente deferida (f. 27- verso).

Condeno, ainda, o apelado, ao pagamento das custas processuais, inclusive as recursais, e honorários advocatícios, fixados em R$1.000,00 (mil reais).

A Sr.ª Des.ª Hilda Teixeira da Costa - De acordo.

O Sr. Des. Renato Martins Jacob - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO - REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - RESCISÃO - COMPETÊNCIA - JUSTIÇA COMUM - CLÁUSULA *DEL CREDERE* - INCLUSÃO - PROIBIÇÃO - ART. 43 DA LEI 4.886/65

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Rescisão imotivada e unilateral de contrato de representação comercial. Prova que demonstra que a rescisão se deu por iniciativa do representado. Pedidos iniciais julgados procedentes.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 249

- Consoante jurisprudência do colendo STJ, a competência para conhecer de causas envolvendo contratos de representação comercial é da Justiça Comum, e não da Justiça Laboral, mesmo após o início da vigência da EC nº 45/2004.

- Por interesse de agir, entende-se a necessidade de que o processo aponte para um resultado capaz de ser útil ao demandante, removendo o óbice posto ao exercício do seu suposto direito, e útil também segundo o critério do Estado, estando presentes os requisitos da necessidade e da adequação.

- Nos termos do art. 43 da Lei 4.886/65, é vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusula *del credere*.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0702.01.012200-1/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda. - Apelada: Siqueira Silva Rabelo Representações Ltda. - Relator: Des. DOMINGOS COELHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª 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 E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2007. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Domingos Coelho - Cuida-se de apelação cível interposta por Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda. contra a sentença de f. 770/776, que, nos autos da ação de cobrança que lhe move Siqueira Silva Rabelo Representações Ltda., julgou procedentes os pedidos pórticos para condenar a requerida à restituição dos valores cobrados da autora com base na cláusula *del credere*; bem como ao pagamento da indenização prevista no art. 27, alínea j, da Lei 4.886/65.

Aduz-se nas razões do apelo, preliminarmente, que há incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual para processar e julgar a presente lide, visto que a competência seria da Justiça Especializada do Trabalho; que faltaria à autora interesse de agir, já que devidamente quitadas as verbas que lhe seriam devidas; e no mérito que não houve no contrato entabulado entre as partes cláusula *del credere*; que as notas promissórias foram prontamente impugnadas na peça de defesa; que o total de vendas efetuadas é menor do que aquele apresentado com a exordial, como devidamente comprovado pelas notas fiscais apresentadas pela defesa; que a quitação oferecida pela apelada é a prova da satisfação da obrigação; e que, dentro do princípio da eventualidade, deve ser compensado o valor recebido quando do distrato de f. 18, sob pena de configurar-se enriquecimento ilícito por parte da recorrida.

Foram apresentadas contra-razões às f. 788/791, nas quais se pugna pelo improvimento do recurso.

Recurso próprio, tempestivo, regularmente processado e preparado. Dele conheço, visto que presentes todos os pressupostos para a sua admissibilidade.

Passa-se ao exame da preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual para processar e julgar o feito, pois a competência seria da Justiça Especializada do Trabalho.

E, nessa senda, razão alguma assiste à apelante.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 250

Com efeito, o contrato de representação comercial não pode ser confundido com o com trato de trabalho, no qual avulta a relação de emprego com seus cinco elementos essenciais. Entre eles está a subordinação entre o obreiro e o empregador, o que inexiste em se tratando de representação de natureza mercantil.

A Justiça Comum Estadual, dessarte, continua sendo competente para dirimir lides relativas a tal contrato, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, como inclusive vem decidindo o colendo Superior Tribunal de Justiça, em casos semelhantes:

> CC 60814 / MG - Conflito de Competência 2006/0062737-0
> Relatora Ministra Nancy Andrighi
> Órgão Julgador S2 - Segunda Seção
> Data do julgamento: 27.09.2006
> Data da publicação/Fonte *DJ* de 13.10.2006, p. 292 - RNDJ v. 84, p. 78
> Ementa: Conflito negativo de competência. Justiças Comum e Laboral. Contrato de representação comercial. Rescisão. Ação proposta por pessoa jurídica. Natureza civil. Competência da Justiça Comum.
> - A jurisprudência da 2ª Seção já se manifestou no sentido de que, se a ação é ajuizada por pessoa jurídica, buscando a rescisão de contrato de prestação de serviços, a competência para apreciar a causa é da Justiça Comum.
> - Independentemente dessa circunstância, a competência para conhecer de causas envolvendo contratos de representação comercial é da Justiça Comum, e não da Justiça Laboral, mesmo após o início da vigência da EC nº 45/2004. Isso porque a representação comercial se caracteriza, entre outros fatores, pela ausência de subordinação, que é um dos elementos da relação de emprego. Ressalva pessoal.
> Conflito conhecido, declarando-se competente o juízo suscitado.

Rejeito, dessarte, a preludial.

A outra preliminar levantada refere-se à suposta carência de ação, por falta de interesse processual.

Tampouco aqui razão lhe assiste.

Com efeito, o conceito de interesse processual que goza de maior prestígio atualmente, o qual perfilho, foi delineado no Brasil, pela primeira vez, por Cândido Rangel Dinamarco, que o define como resultado do binômio necessidade/adequação.

Segundo referido autor (*in Execução civil*, p. 404),

> é preciso que o processo aponte para um resultado capaz de ser útil ao demandante, removendo o óbice posto ao exercício do seu suposto direito, e útil também segundo o critério do Estado, estando presentes os requisitos da necessidade e da adequação.

Do que não discrepa Ada Pellegrini Grinover, para quem o interesse de agir

> é uma imposição do princípio da economia processual, desdobrando-se em necessidade e adequação, o que significa, na prática, que o Estado se nega a desempenhar sua atividade jurisdicional até o final, quando o processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de atuação da vontade da lei, no caso concreto, mediante a solução da lide (*in As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*, p. 88-89).

No caso, o processo é necessário para a autora porque, caso contrário, não conseguirá ela receber as verbas a que entende fazer jus; e é adequado porque o pedido formulado é adequado à regular prestação jurisdicional invocada.

A questão relativa à existência ou não de quitação, bem como acerca da procedência ou não dos pedidos, é matéria eminentemente de mérito e com ele será decidida.

Rejeito também tal preliminar.

No mérito, assinalo que cuida a espécie de ação de cobrança que tem como pano de fundo contrato de representação comercial celebrado entre as partes, tendo sido a autora a representante e a ré a representada.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 251

Consoante decorre da exegese do art. 1º da Lei 4.886/65, a representação comercial autônoma pode ser conceituada como o contrato pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a realizar certos negócios, em zona determinada, com caráter de habitualidade, em favor e por conta de outrem, sem subordinação hierárquica.

In casu, a celebração do contrato e sua posterior rescisão são incontroversas.

A controvérsia, então, cinge-se a três questões: a da existência, embora não expressa, da cláusula *del credere* na relação entre as partes, prática esta vedada pelo art. 43 da Lei 4.886/65; a do suposto pagamento a menor realizado pela requerida, que não teria considerado as vendas efetuadas pela autora sob a rubrica "programados", o que implicou uma menor base de cálculo para a rescisão; e a da suposta quitação conferida pela autora quanto às verbas relativas à rescisão do contrato, recebimento este negado pela requerente.

Passemos à análise da questão relativa à cláusula *del credere*.

De uma maneira geral, até a década de 90 houve um significativo aumento da prática das empresas representadas - na tentativa de se eximirem de possível prejuízo, gerado por clientes inadimplentes, em razão da instável situação econômico-financeira pela qual passava o País, ou mesmo agindo com má-fé - de utilização do instituto do *del credere*, para penalizar o representante comercial, descontando dele o valor que o cliente não quitou.

Em decorrência dessa arbitrariedade, o legislador em 1992, quando da alteração da Lei 4.886/65, acrescentou entre outros o art. 43, que dispõe:

"É vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusula *del credere*".

Segundo o *Vocabulário jurídico*, de Plácido e Silva - Ed. Forense, v. III:

> *Del credere* - é utilizado para indicar a estipulação de uma garantia dada pelo representante de comerciante, assumindo todos os riscos que possam surgir e se responsabiliza perante o representado pela fiel execução das obrigações resultantes, ficando em razão disso, obrigado ao pagamento da posição assumida pelo comprador, por qualquer espécie de impontualidade.

Como se deduz da norma legal, a inclusão dessa cláusula nos contratos de representação comercial encontra-se expressamente proibida desde 11 de maio de 1992, quando entrou em vigor a Lei 8.420/92.

O máximo que as representadas poderão fazer é, no caso de o cliente se tornar inadimplente, ou se tornar insolvente, não pagar a comissão ou estornar o valor já pago, referente ao cliente em questão.

Significa dizer que a Lei 8.420/92 baniu da representação comercial essa forma de garantia, ou seja, a contar da sua vigência, o representado não pode mais exigir do representante a garantia de solvabilidade do comprador, ainda que estabelecida essa garantia contratualmente; porquanto a norma de caráter público (lei) se sobrepõe à norma contratual (vontade das partes).

No caso dos autos, embora a cláusula *del credere* não esteja pactuada no contrato de representação comercial firmado entre as partes, o seu sentido e teor se fizeram presentes na específica operação geradora de prejuízo à representada.

Com efeito, a autora alegou que, quando da insolvência nos negócios por ela intermediados, a requerida, representada, deduzia do valor das comissões o respectivo prejuízo, que deveria ela, representada, suportar.

Embora a requerida negue tal prática, não consegue justificar a emissão de diversas notas promissórias (vide f. 91, 105, 107, 109, etc.) por parte da representante, em seu favor, justamente no valor que seria devido em relação aos "vales" por ela lançados para encobrir a existência da cláusula *del credere.*

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 252

Já foi decidido, *mutatis mutandis*, que:

> Possibilitar a exigência de garantia pela representante através de documento à parte do contrato original seria permitir a utilização de um instrumento de fácil burla à lei, contrariando toda a motivação reformadora da Lei 8.420/92. A cláusula *del credere* em face de sua abusividade, merece ser combatida, independentemente da roupagem que se lhe dê (TAPR, Ap. Cív. nº 136.322-6/00).

Assim, escorreita a sentença primeva, que condenou a requerida a pagar à autora o somatório dos valores deduzidos a partir do desconto das comissões sob aquela rubrica.

Quanto às vendas não computadas na base de cálculo para o pagamento do valor da rescisão, alega a autora que as "vendas programadas" (sem a respectiva nota de venda) não foram consideradas. Tais vendas eram identificadas, na listagem de controle entre as partes, pela inclusão da letra "Z" antes do número da respectiva duplicata mercantil.

A autora juntou farta documentação em que tais vendas são discriminadas, e a requerida não fez qualquer impugnação séria a tais documentos, limitando-se a dizer que tal prática inexistiu.

Mas tampouco explica o porquê da utilização da letra "Z" nessas específicas vendas, ou mesmo demonstra que naquelas datas especificadas como venda programada as respectivas vendas não foram realizadas.

Também aqui, pois, deve ser mantida a sentença de origem.

Por fim, mas não menos importante, alega a requerida a quitação das verbas de rescisão do contrato, o que constituiria óbice ao acolhimento da pretensão exordial.

Já de início, nesse diapasão, assinalo que o recibo apresentado (f. 18 dos autos) não impediria a cobrança de verbas que nele não estivessem incluídas, como as até agora tratadas. Confira-se:

> Consolidado o entendimento de que o recibo de quitação passado de forma geral, mas relativo à obtenção de parte do direito legalmente assegurado, não traduz renúncia a este direito e, muito menos, extinção da obrigação. Precedente do STJ (...) (STJ - REsp 195492 - RJ - 4ª T. - Rel. Min. Barros Monteiro - *DJU* de 21.08.2000 - p.140) (na mesma direção: REsp 129182).

Também este Tribunal já teve, por diversas vezes, oportunidade de se pronunciar sobre o *thema*:

> O recibo de quitação geral, em que conste, especificamente, a importância objeto do pagamento, exonera o devedor somente do montante ali discriminado, ressalvando-se o seu direito de reivindicar, posteriormente, parcelas não incluídas nesse documento, em observância às normas legais, sob pena de amparo ao enriquecimento ilícito. (...) (TAMG - AC 0306647-3 - 3ª C.Civ. - Rel.ª Juíza Jurema Brasil Marins - J. em 03.05.2000). No mesmo sentido: TAMG - Ap. 0255034-5 - 1ª C.Civ. - Rel. Juiz Silas Vieira - *DJMG* de 06.02.1999; TAMG - AC 0316078-1 - 1ª C.Civ. - Rel. Juiz Silas Vieira - J. em 19.09.2000 (Embargos Infringentes nº 0328390-3/01).

No entanto, no específico caso dos autos, *sui generis*, tenho que o recibo apresentado não desonera a requerida sequer de quitar o valor nele mencionado.

É que a autora alegou, em sua proemial, que a assinatura de tal recibo se deu como exigência da requerida para o recebimento das verbas ali consignadas, que se daria em outro momento. E que, assinado o recibo, o pagamento não foi efetuado.

Alegou-se na exordial, também, que os pagamentos efetuados pela requerida a favor da requerente se davam através de depósitos bancários, o que inclusive é corroborado pela prova documental acostada aos autos.

A requerida não infirmou tal alegação nem tampouco informou como teria realizado o pagamento a que alude o recibo de f. 18, embora fosse seu o ônus de impugnação especificada dos fatos (art. 302 do CPC).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 253

Nada obstante, presume-se que também seria na forma de depósito bancário, mas não foi acostado aos autos qualquer comprovante de tal quitação.

Nem sequer a prova de outro tipo de pagamento veio aos autos, como a cópia de cheque ou instrumento afim, ônus este que era seu nos termos do art. 333, II, do CPC, repita-se, em razão das peculiaridades do caso.

Aliás, ainda que não bastasse - como basta - a fundamentação supra, o não-pagamento das verbas rescisórias após a assinatura do respectivo recibo pela apelada é conduta que se coaduna com as outras perpetradas pela apelante, já destacadas neste voto.

Acresça-se ainda, por fim, que, em se tratando a apelante de sociedade empresária, certamente teria contabilizado regularmente o pagamento efetuado à autora, cuja prova seria de fácil realização. Mas também aqui não houve a devida comprovação.

Assim, também aqui não merece o menor retoque a sentença de origem.

Ao impulso de tais considerações, rejeito as preliminares e no mérito nego provimento ao recurso, mantendo íntegra a substanciosa sentença fustigada, da lavra do MM. Juiz César Aparecido de Oliveira.

Custas recursais, pela apelante.

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

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

QUESITO - OFERECIMENTO - ART. 421, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE TRATAMENTO ÀS PARTES - PRINCÍPIO DA VERDADE REAL - APLICABILIDADE - PRESCRIÇÃO - PRAZO - INEXISTÊNCIA - PERÍCIA - TRABALHO - INÍCIO - NÃO-OCORRÊNCIA - APRESENTAÇÃO - POSSIBILIDADE

Ementa: Agravo de instrumento. Quesitos. Formulação. Prazo de cinco dias. Preclusão. Inocorrência.

- Em decorrência dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da igualdade de tratamento às partes e da busca da verdade real, o prazo de cinco dias, previsto no § 1º do art. 421 do Código de Processo Civil, não é preclusivo. Em conseqüência, podem as partes formular quesitos a qualquer tempo, desde que não iniciados os trabalhos periciais.

AGRAVO N° 1.0123.06.015680-9/001 - Comarca de Capelinha - Agravante: Clóvis Pimenta Figueiredo - Agravado: Espólio de Agnaldo Afonso Pimenta de Figueiredo, representado pelo inventariante Renato Pimenta de Figueiredo - Relator: Des. MAURÍLIO GABRIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2007. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Maurílio Gabriel - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Clóvis Pi-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 254

menta Figueiredo por não se conformar com a decisão prolatada nos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas contra ele ajuizada pelo espólio de Agnaldo Afonso Pimenta de Figueiredo.

A referida decisão, após deferir a produção da prova técnica solicitada, considerou preclusa a oportunidade para oferecimento de quesitos.

Alega o agravante que a decisão recorrida fere os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Afirma, escorando-se no § 1º do art. 421 do Código de Processo Civil, que não há que se falar em preclusão, uma vez que "a publicação do despacho se deu em 1º.11.2006, com o feriado do dia 02.11.2006 e o recesso do dia 03.11.2006, o prazo para indicar o assistente técnico e apresentar quesitos só começaria a correr em 06.11.2006, tendo término em 10.11.2006".

Aduz que "ainda que o prazo para a indicação do assistente e apresentação de quesitos tivesse exaurido, o fato de estar previsto em lei, não o torna preclusivo, podendo ser prorrogado se desse ato de prorrogação não sobrevier prejuízo às partes".

Ao final, pugna pelo provimento do recurso interposto, determinando-se a possibilidade de apresentação dos quesitos.

Em decisão monocrática, foi indeferido o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Em suas informações, o culto Juiz da causa comunicou ter mantido a decisão agravada e ter o agravante cumprido o disposto no art. 526 do Código de Processo Civil.

Embora intimado, o agravado não apresentou contraminuta.

Conheço do recurso por estarem presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Estabelece o § 1º do art. 421 do Código de Processo Civil que "incumbe às partes, dentro em cinco (5) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito: I - indicar o assistente técnico"; e "II - apresentar quesitos".

Esse procedimento aplica-se à produção antecipada de prova pericial por força do disposto no art. 850 do mesmo Código.

No caso, este procedimento não foi integralmente observado, porquanto, em uma só decisão, o zeloso Juiz, após rejeitar a preliminar de carência da ação, determinou a realização da prova técnica solicitada, nomeou o perito oficial e concedeu às partes o prazo de cinco dias para apresentação dos quesitos.

Apesar disso, entendeu ele estar "preclusa a oportunidade para oferecimento de quesitos", desatendendo, apenas nesta questão, ao determinado no § 1º do mencionado art. 421.

Conseqüentemente, deve a decisão ser modificada neste tema, abrindo-se às partes o prazo legal para a formulação de quesitos.

Ressalte-se, ainda, que, em decorrência dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da igualdade de tratamento às partes e da busca da verdade real, o prazo de cinco dias, previsto no § 1º do art. 421 do Código de Processo Civil, não é preclusivo. Em conseqüência, podem as partes formular quesitos a qualquer tempo, desde que não iniciados os trabalhos periciais.

Nesse sentido, inclina-se a jurisprudência:

> Consolidado na jurisprudência do STJ o entendimento segundo o qual o prazo estabelecido no art. 421, § 1º, do CPC, não sendo preclusivo, não impede a indicação de assistente técnico ou a formulação de quesitos, a qualquer tempo, pela parte adversa, desde que não iniciados os trabalhos periciais. Orientação que melhor se harmoniza com os princípios do contraditório e da igualdade de tratamento às partes (STJ - 3ª T., REsp 37.311-5-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 19.10.93, não conheceram, v.u., *DJU* 22.11.93, p. 24.951).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 255

A parte pode apresentar os quesitos para a realização da prova pericial fora do prazo fixado, mas desde que antes do início dos trabalhos periciais, visto que não é preclusivo o prazo estabelecido pelo art. 421, § 1º, do CPC (AI nº 1.0153.03.026046-4/001, Nona Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Antônio de Pádua, j. em 11.4.2006).

A jurisprudência tem-se orientado no sentido de que, se não foi dado início aos trabalhos periciais, a apresentação de quesitos e assistente técnico pode ultrapassar o prazo previsto no art. 421, § 1º, do CPC, uma vez que tal prazo não é preclusivo. O destinatário das provas é o juiz, que, por meio de seu poder instrutório, pode determiná-las, se forem necessárias para a formação de seu convencimento. Portanto, a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico, mesmo de forma intempestiva, devem ser deferidas pelo juiz com base no entendimento de que são imprescindíveis para a melhor solução da causa consoante a verdade real e a correta formação do contraditório (AI nº 2.0000. 00.510266-1, Terceira Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Elpídio Donizetti, j. em 10.11.2005).

Com tais considerações, dou provimento ao agravo interposto para determinar que as partes, no prazo de cinco dias, formulem quesitos.

Custas, pelo agravado.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Wagner Wilson e Bitencourt Marcondes.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PRESTAÇÃO DE CONTAS - PREVIDÊNCIA PRIVADA - COMPETÊNCIA - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - AÇÃO PESSOAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA

Ementa: Prestação de contas. Preliminares. Prescrição. Plano de previdência privada.

- A ação de prestação de contas tem cunho eminentemente pessoal, devendo, dessa forma, ser aplicado à mesma o prazo prescricional das ações pessoais, qual seja o de 20 (vinte) anos. É devida a prestação de contas pela gestora do plano de previdência privada aos seus participantes contribuintes do plano.

- Apenas aquele a quem incumbe a obrigação de administrar as reservas de poupança tem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de prestação de contas.

Preliminares e prejudicial rejeitadas, primeiro recurso não provido, preliminar do segundo recurso acolhida e processo extinto, sem resolução de mérito, em relação à segunda apelante.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0720.05.022888-4/001 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Apelantes: 1ª) Crediprev Credireal Associação de Previdência Social Complementar, 2ª) Bradesco Vida Previdência S.A. - Apelado: Aloísio Augusto de Oliveira - Relator: Des. ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E A PREJUDICIAL DO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO. ACOLHER A PRELIMINAR DO SEGUNDO RECURSO E EXTINGUIR O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO EM RELAÇÃO À SEGUNDA APELANTE.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2007. - *Roberto Borges de Oliveira* - Relator.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 256

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Roberto Borges de Oliveira - Trata-se de apelações cíveis interpostas por Crediprev Credireal Associação de Previdência Social Complementar e Bradesco Vida Previdência S.A. contra sentença prolatada pelo Juízo da Vara Cível da Comarca de Visconde do Rio Branco, nos autos da ação de prestação de contas ajuizada em seu desfavor por Aloísio Augusto de Oliveira, Juvenil Siqueira de Oliveira e Eduardo de Castro Soares.

Adoto o relatório da sentença e esclareço que o MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido inicial, para condenar as suplicadas à prestação das contas relativas à contribuição da previdência complementar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhes ser lícito impugnar as contas que os autores apresentarem.

Condenou, ainda, as suplicadas à exibição, no mesmo prazo, da documentação indispensável à análise das contas a serem prestadas.

Por fim, condenou as suplicadas, em igualdade de frações, a arcar com os honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o valor dado à causa.

Inconformada, a primeira apelante insurge-se contra a sentença, argüindo preliminar de incompetência da Justiça Estadual para apreciar pedidos decorrentes de vínculo de trabalho já extinto.

Afirma que os autores participavam do plano de previdência privada da primeira apelante, pois eram funcionários da empresa do mesmo grupo financeiro, qual seja do Banco de Crédito Real de Minas Gerais S.A. (Credireal), e, portanto, os autos devem ser remetidos à Justiça do Trabalho.

Levanta preliminar de inépcia da inicial, ao argumento de que os autores colecionam pedidos diferentes - de exibição de documentos e de prestação de contas - cujas ações possuem ritos diversos.

Aduz a impossibilidade jurídica do pedido, pois a exibição de documentos pretendida foi proposta contra quem não tem obrigação de apresentá-los, já que não os possui.

Isso porque os apelados querem que as suplicadas apresentem os extratos comprovando as datas e os valores descontados mensalmente nos seus contracheques. Contudo, além de os mencionados contracheques serem documentos pertencentes aos próprios autores, devem os mesmos pleitear sua exibição junto ao banco empregador, o Banco Credireal.

Sustenta a falta de interesse processual, uma vez que os autores não demonstraram nenhum valor a que têm direito de receber.

Alega a ocorrência da prescrição, pois a presente ação foi ajuizada mais de 10 (dez) anos após a data do desligamento dos autores junto ao banco.

Diz que o regulamento do plano de previdência prevê o cancelamento da inscrição do participante quando ocorre a ruptura do vínculo empregatício com a patrocinadora, sendo que a reserva de poupança deve ser requerida nos 12 (doze) meses subseqüentes ao cancelamento.

Menciona que o art. 75 da Lei Complementar 109/01 dispõe que prescreve em 05 (cinco) anos o direito de reclamar as prestações não pagas nem reclamadas na época própria, existindo, inclusive, a Súmula 291 no mesmo sentido.

Ressalta que, no momento do desligamento junto à empresa empregadora, os apelados receberam todos os valores a que tinham direito.

Frisa que os apelados não fazem jus a nenhum valor e pede, então, o provimento do recurso.

A segunda apelante também recorreu, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidadepassiva, ao fundamento de que não sucedeu à Crediprev.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 257

Explica que quem adquiriu o Banco de Crédito Real de Minas Gerais S.A. foi o Banco Bradesco S.A., que não se confunde com a pessoa da segunda apelante (Bradesco Vida e Previdência S.A.).

Ressalta que o Banco Bradesco S.A. foi quem passou a patrocinar os planos previdenciários da Crediprev, mas que, a partir de maio de 1999, o Banco Bradesco S.A. deixou sua participação, sendo que os funcionários do Banco Credireal puderam optar por efetuar sua transferência para os planos administrados pela Bradesco Vida e Previdência S.A.

Conclui que somente os funcionários que optaram pela migração do plano têm direito de pleitear contas da Bradesco Vida e Previdência S.A., não sendo este o caso dos apelados, pois desligaram-se da Crediprev muito antes de 1999.

Menciona que, não tendo recebido qualquer contribuição previdenciária dos apelados, seja diretamente paga por eles, seja em virtude de transferência de fundos previdenciários, não há obrigação de prestar contas.

Argúi prejudicial de prescrição qüinqüenal, de acordo com o inciso II do § 10º do art. 178 do antigo Código Civil.

No mérito, diz que não tem obrigação de prestar contas, uma vez que os autores não provaram que a entidade previdenciária recebeu as suas contribuições, nem administrou o fundo previdenciário.

Requer o provimento do pleito recursal.

Devidamente intimados, os apelados apresentaram contra-razões às f. 166/173, refutando os argumentos expostos pelos apelantes.

Primeira apelação.

Preliminar de incompetência da Justiça estadual.

Não assiste razão à primeira apelante, quanto à preliminar argüida.

Em análise dos autos, percebe-se não se tratar de litígio oriundo do contrato de trabalho. O pleito diz respeito, na verdade, ao contrato associativo firmado entre os apelados e a primeira apelante, instituição de previdência privada.

É evidente, pois, a natureza civil do contrato, envolvendo de maneira indireta os aspectos da relação de trabalho. O pedido e a causa de pedir, portanto, não se vinculam a qualquer direito sustentado no extinto contrato de trabalho.

Ademais, a partir da Emenda Constitucional nº 20, o art. 202, § 2º, da Constituição Federal passou a excluir a matéria do âmbito da relação de trabalho, nos seguintes termos:

> Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.
> § 1º [...].
> § 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Conflito de competência. Previdência privada. Abono. Justiça Federal. Justiça do Trabalho.
> - A ação proposta por servidores aposentados contra a Caixa Econômica Federal e a Prevahab (Associação de Previdência Privada), com o escopo de obter complementação de aposentadoria, em razão de abono pago aos funcionários da ativa, refoge ao âmbito da Justiça do Trabalho. A relação jurídica entre os autores e as rés está fundamentada no regulamento da associação de previdência da qual fazem parte. Precedentes. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo da Trigésima Primeira Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, suscitante (STJ - Conflito de Competência 33.033/RJ - j. em 25.09.02 - Rel. Min. Castro Filho).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 258

Rejeito a preliminar.

Inépcia da inicial.

Não merece acolhida a preliminar de inépcia da inicial, haja vista que a mesma atende a todos os requisitos processuais exigidos pela legislação processual vigente.

A inicial é clara, com a narração dos fatos e a conclusão lógica, de modo a permitir a ampla defesa, não havendo qualquer prejuízo para a parte.

Ademais, o pedido inicial é de prestação de contas, sendo que a exibição de documentos foi requerida como produção de provas, prevista nos arts. 355 e seguintes do CPC, e não como medida cautelar preparatória prevista nos arts. 844 e 845 do Estatuto Processual.

Nessa linha, não há que se falar em confusão de ações com ritos distintos.

Rejeito a preliminar.

Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Dentre as condições da ação, inclui-se a possibilidade jurídica do pedido, que se constitui em verificar se o pedido é hábil, em tese, para ser atendido pelo ordenamento jurídico em vigor.

E o pedido inicial dos apelados é juridicamente viável, visto que pretendem, nos termos dos arts. 914 e seguintes do CPC, a prestação de contas, e não a exibição de documentos, como ação cautelar, referente às suas contribuições de previdência privada, exatamente contra quem as recebeu, a primeira apelante.

Rejeito a preliminar.

Preliminar de falta de interesse processual.

A preliminar de falta de interesse processual, ao argumento de que os apelados não demonstraram os valores que têm direito de receber, também não tem guarida.

Isso porque não se trata de ação de cobrança, em que os autores devem provar a existência do seu crédito, mas, sim, de prestação de contas, em que se pretende, exatamente, verificar acerca da existência de saldo em seu favor.

Rejeito a preliminar.

Prejudicial de mérito: prescrição

Não assiste razão à primeira apelante quando alega a ocorrência da prescrição qüinqüenal no caso em exame.

Conforme entendimento pacífico da jurisprudência pátria, a ação de prestação de contas tem cunho eminentemente pessoal, devendo, dessa forma, ser aplicado à mesma o prazo prescricional das ações pessoais, qual seja o de 20 (vinte) anos, nos termos em que preceituado pelos arts. 177 e 179 do Código Civil de 1916.

Nesse sentido:

> Bem comum. Dissolução da sociedade conjugal. Ação de prestação de contas intentada pela mulher contra o ex-marido. Prescrição. - É de vinte (20) anos o seu prazo, por se tratar de ação pessoal. Cód. Civil, arts. 177 e 179. Recurso especial conhecido e provido (STJ - REsp 38755/RJ - Terceira Turma - Rel. Min. Nilson Naves - j. em 08.05.95).

> Civil. Processual civil. Ação de prestação de contas. Prescrição. - É vintenária a prescrição da ação de prestação de contas (STJ - REsp 37526/CE - Terceira Turma - Rel. Min. Cláudio Santos - j. em 07.06.94).

Ressalto que se aplica o antigo Código Civil, pois, de acordo com a regra prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002, deverão ser considerados os prazos do Código de 1916, quando a nova Lei Civil os reduzir e se, em 11.01.03, já houver transcorrido mais da metade do prazo fixado na lei revogada: “Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 259

No caso *sub judice* o Código Civil de 2002 reduziu de 20 (vinte) para 10 (dez) anos o prazo prescricional (art. 205).

Também já havia transcorrido mais de 10 (dez) anos (metade do tempo estabelecido no Código Civil de 1916) entre a data da exclusão dos apelados do plano de previdência (com a sua demissão do Banco Credireal), em abril de 1991, julho de 1993 e março de 1993, e a distribuição da ação de prestação de contas em 07.10.05 (f. 01, verso).

Assim sendo, em decorrência do exposto no artigo acima citado, aplica-se a regra geral contida no art. 177 do Código Civil de 1916, segundo o qual "as ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos [...]".

Concluindo, se a exclusão dos funcionários do plano de previdência privada se deu em abril de 1991, julho de 1993 e março de 1993, resta evidente que a ação, distribuída em 20.06.05, o foi dentro do prazo de 20 (vinte) anos.

Rejeito, portanto, a prejudicial de prescrição.

Mérito.

Inicialmente deve ser destacado que, ao contrário do que entendeu a primeira apelante, os apelados não pretendem o recebimento de nenhum valor, mas, apenas, a prestação de contas referentes às contribuições previdenciárias.

Deve ser mencionado, também, que, nos termos do § 2º do art. 915 do CPC, nesta primeira fase da ação de prestação de contas, a sentença tratará, apenas, sobre a obrigação, ou não, de o réu prestar as contas.

E, no caso em exame, as contribuições dos ex-empregados e do ex-empregador se destinaram à formação das reservas de poupança, que viabilizaram o custeio do plano de previdência privada, cabendo à administradora, primeira apelante, gerir todas essas contribuições.

Dessa forma, é inconteste o direito dos autores de buscarem o acertamento de uma situação pessoal, consistente na prestação de contas das importâncias com as quais contribuíram e que lhes pertence.

Nesse sentido:

> Embargos de divergência. Previdência privada. Centrus. Prestação de contas aos filiados. Cabimento. - Os filiados ao plano de benefício prestado por entidade de previdência privada podem exigir a prestação de contas a fim de proceder à apuração dos valores pagos, mormente quando houver discrepância entre os cálculos apresentados. Embargos de divergência acolhidos (STJ - EREsp 544974/DF - 2ª Seção - Rel. Min. Castro Filho - j. em 13.04.05).

E mais:

> Prestação de contas. Previdência privada. Fundação. Sistel. - O membro de fundação de seguridade social, entidade fechada de previdência privada, tem o direito de pedir contas em juízo para apurar o valor dos benefícios pagos. Recurso não conhecido (STJ - REsp 471746/DF - 4ª Turma - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - j. em 15.05.03).

Nego provimento ao primeiro apelo.

Segunda apelação.

Preliminar de ilegitimidade passiva da segunda apelante.

Com efeito, apenas aquele a quem incumbe a obrigação de administrar as reservas de poupança, no caso a suplicada Crediprev - Cedireal Associação de Previdência Social Complementar, tem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de prestação de contas (art. 914, II, do CPC), devendo o feito prosseguir, tão-somente, em relação a ela.

Conforme relatado na inicial, os autores contribuíram para o plano de previdência da Crediprev - Cedireal Associação de Previdência Social Complementar, enquanto eram funcionários do Banco de Crédito Real de Minas Gerais S.A., tendo sido desligados do plano em

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 260

abril de 1991, julho de 1993 e março de 1993, quando foram demitidos.

Após a compra do Banco de Crédito Real de Minas Gerais S.A. pelo Banco Bradesco S.A. e de acordo com o "Termo de Retirada dos Patrocinadores do Plano Geral Crediprev - Credireal Associação de Previdência Social Complementar" (f. 86/93), a partir de maio de 1999, os participantes do plano da Crediprev poderiam optar por transferir suas contribuições para a Bradesco Previdência.

Mas observe que, em maio de 1999, os apelados já haviam se desligado do plano da Crediprev e, por isso, não foram transferidos para a Bradesco Vida e Previdência S.A.

Nessa linha de raciocínio, a relação jurídica estabelecida com os apelados se deu unicamente com a Crediprev, devendo a mesma responder pela prestação de contas das contribuições que lhe foram entregues.

Não houve relação alguma entre os apelados e a segunda apelante, razão pela qual a mesma não responde pela presente ação.

Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da segunda apelante e, nos termos do inciso VI do art. 267 do CPC, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, em relação à Bradesco Vida e Previdência S.A.

Condeno os apelados no pagamento das custas deste recurso e dos honorários advocatícios aos patronos da segunda apelante, no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), suspensa a exigibilidade, tendo em vista o deferimento da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade e Pereira da Silva.*

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E A PREJUDICIAL DO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM-LHE PROVIMENTO. ACOLHERAM A PRELIMINAR DO SEGUNDO RECURSO E EXTINGUIRAM O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO EM RELAÇÃO À SEGUNDA APELANTE.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA ANTECIPADA - DEFERIMENTO PARCIAL - CLÍNICA DE ACUPUNTURA - OFERTA DE SERVIÇOS MÉDICOS - INTERNAÇÃO E CONSULTA - VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA - IMPOSSIBILIDADE - SERVIÇO ESPECÍFICO DE ACUPUNTURA - ADMISSIBILIDADE

Ementa: Agravo de instrumento. Acupuntura. Profissão não regulamentada. Art. 5º, inciso XIII, CF/88. Clínica de acupuntura. Ausência de supervisão por médico habilitado. Oferta de internação e tratamento médico. Impossibilidade.

- A acupuntura não é atividade privativa de médico, haja vista a inexistência de lei específica regulando a sua atividade, sob pena de ofensa ao disposto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

- É defeso ao instituto terapêutico que não possui supervisão por um médico devidamente habilitado, tampouco registro no órgão competente (CRM-MG), transmitir, em meios de comunicação, que se trata de uma clínica médica de aplicação de técnicas de acupuntura, induzindo a erro o consumidor a respeito da natureza dos serviços.

AGRAVO N° 1.0024.06.024105-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: Instituto Brasil China de Acupuntura Ltda. - Relator: Des. LUCAS PEREIRA

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 261

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2007. - *Lucas Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo agravado, o Dr. Jairo Jordano Catão.

O Sr. Des. Lucas Pereira - Cuidam-se os autos de agravo de instrumento aviado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da decisão do MM. Juiz da 27ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação civil pública, que move em desfavor do agravado, Instituto Brasil China de Acupuntura Ltda., indeferiu o pedido de antecipação de tutela, pleiteada pelo agravante, visando à suspensão imediata de todas as atividades do agravado, sob pena de cominação de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Cópia da decisão à f. 23.

Em suas razões recursais, esclarece a parte agravante que, mediante procedimento administrativo n° 146/06, instaurado pela Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde, para apurar irregularidades que estariam ocorrendo nas clínicas de acupuntura, verificou que, a despeito de dispor em contrato social que presta serviços de saúde, consultas médicas e internação, o agravado não possui profissional médico responsável, nem registro no Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais - CRM-MG, além de não dispor de alvará sanitário.

Afirma que o CRM-MG realizou vistoria na empresa agravada, constando que seu representante legal, Sr. Antônio Lago, é estudante de medicina com estudos formalmente interrompidos há mais de 10 (dez) anos e que os médicos, residentes em São Paulo, que o supervisionam, não possuem registro no CRM-MG, nem no CRM-SP, tendo a agravada modificado os anúncios, após notificação do CRM-MG, que passaram a mencionar que os referidos médicos são terapeutas acupunturistas, com formação no curso de Medicina da Universidade de Shenxi, na China.

Relata que o síndico do condomínio onde se situa o agravado declarou que recebeu documento de paciente da clínica recorrida, atestando a internação de pacientes, apesar de tratar-se de condomínio comercial que não permite pernoite de pessoas.

Ressalta que tratamentos como o da acupuntura realizados por profissionais leigos podem ter conseqüências maléficas à saúde, quando não levarem à morte, haja vista que na maioria dos casos não efetuam diagnóstico adequado ao tratamento.

Aduz que o Conselho Federal de Medicina, através da resolução CFM nº 1.455/95, reconheceu a acupuntura como especialidade médica, privativa de médico inscrito no Conselho Regional competente.

Pugna pelo provimento do recurso com a conseqüente reforma da r. decisão recorrida.

Às f. 86/87, foi indeferido o pedido de concessão de antecipação da tutela recursal.

O MM. Juiz *a quo* prestou informações à f. 92.

O agravado apresentou contraminuta às f. 94/110, combatendo as alegações iniciais.

Às f. 141/157, foi apresentado memorial pelo douto Procurador de Justiça.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 262

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão do MM. Juiz da 27ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que indeferiu a antecipação de tutela, pleiteada pelo agravante, visando à suspensão imediata de todas as atividades do agravado, sob pena de cominação de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Inicialmente, cumpre esclarecer que a finalidade da antecipação da tutela é adiantar o provimento jurisdicional com relação ao bem jurídico a que se visa tutelar, desde que presentes os requisitos do art. 273 do CPC, quais sejam a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação.

Segundo ensinamento de Sérgio Bermudes, "é indispensável a prova inequívoca, evidente, manifesta da alegação do autor, com intensidade para convencer o juiz de que a alegação ou alegações são verossímeis, isto é, que pareçam verdadeiras" (BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29).

Para Ernane Fidélis, deve haver prova inequívoca, "isto é, a que, desde já e por si só, permite a compreensão do fato, como juízo de certeza, pelo menos provisório [...]" (FIDÉLIS, Ernane. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 31).

Por prova inequívoca, ensina Humberto Theodoro Júnior:

> É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Dir-se-á que, então, melhor seria decidir de vez a lide, encerrando-se a disputa por sentença definitiva. Mas não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão a final, depois de exaurido todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor (*Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 572).

Quanto ao requisito da verossimilhança das alegações:

> Quanto à 'verossimilhança da alegação', refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e principalmente no relativo ao perigo de dano e sua reparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu (ob. cit., p. 572).

Em relação ao pressuposto do receio de dano irreparável ou de difícil reparação:

> Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.
> Os simples inconvenientes da demora processual, aliás, inevitáveis dentro do sistema do contraditório e da ampla defesa, não podem, só por si, justificar a ocorrência de risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte (ob cit., p. 573).

Dessa forma, tenho que a irresignação do agravante merece prosperar parcialmente.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a acupuntura configura prática da Medicina Tradicional Chinesa, decorrente de um conjunto de procedimentos terapêuticos que visam provocar estímulos em regiões neurorreativas de localização anatômica definida.

Com efeito, a prática de acupuntor pode ser exercida, em tese, por qualquer pessoa, desde que preenchidos alguns requisitos específicos. O art. 5º, inciso XIII, da CF/88 assegura a todos os cidadãos o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Sobre o tema, leciona Pontes de Miranda: "A lei pode estabelecer pressupostos necessários (subjetivos) do exercício (do direi-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 263

to) de qualquer profissão. Há direito de livre escolha de profissão, mas só se pode exercer a profissão escolhida se se satisfazem os pressupostos que a lei exigira".

Reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), Associação Médica Brasileira (AMB) e pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM), a acupuntura é uma técnica relativamente recente no País e, por isso, não existe legislação específica para regulamentar seu exercício.

Assim, não deve prosperar a alegação do agravante de que a acupuntura é atividade privativa de médico inscrito no Conselho Regional competente, em face da inexistência de lei específica que regula o seu exercício e estabeleça tal exigência.

O agravante insurge-se contra a r. decisão monocrática sob o principal argumento de que o Conselho Federal de Medicina, através da Lei 3.268/57, que regulamentou a profissão médica no Brasil e atribuiu àquele órgão o seu controle, reconheceu a acupuntura como atividade privativa de médico inscrito no Conselho Regional competente, através da Resolução CFM nº 1455/95.

Insta ressaltar que o art. 22, inciso XVI, da Constituição Federal, dispõe que compete à União legislar sobre as condições para o exercício das profissões.

Destarte, somente lei pode limitar o exercício profissional, não sendo a Resolução do Conselho Federal de Medicina o instrumento normativo adequado a conferir a exclusividade da prática aos médicos.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre o assunto:

> Recurso em mandado de segurança. Acupuntura. Inscrição e exercício de profissão não regulamentada. Ausência de direito líquido e certo.
> - O art. 5º, XIII, da Constituição Federal, assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Mas não há lei regulamentando o exercício da profissão de acupuntor. E sendo da União a competência privativa para legislar sobre as condições para o exercício de profissões (CF, art. 22, XVI), não poderia o Estado-Membro legislar sobre ela. Não há, pois, como inquinar de ilegal a recusa de fornecimento de registro aos representados pelo sindicato impetrante, não havendo que se falar em direito líquido e certo.
> - Recurso conhecido, mas improvido (RMS 11272/RJ - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 1999/0096187-0 - Rel. Min. Castro Filho - j. em 05.04.01).

Não é outro o entendimento da jurisprudência:

> Administrativo. Exercício profissional. Atividade não regulamentada. Acupuntura. Resolução nº 2/1995 do Conselho Federal de Biomedicina. Resolução nº 1.455/1995 do Conselho Federal de Medicina.
> - Inexistindo lei específica regulando a atividade de acupuntor, o seu exercício não pode ser limitado por Resolução do Conselho Federal de Medicina, sob pena de ofensa ao inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal.
> - Resolução do Conselho Federal de Medicina não é o instrumento normativo apropriado ao reconhecimento da acupuntura como atividade privativa do médico, por falta de previsão legal.
> - Sentença confirmada.
> - Apelação desprovida (AC 2001.34.00.031798-3/DF - Apelação Cível - Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro - j. em 25.08.03 – *DJ*, p.128).

> Administrativo e processual civil. Antecipação de tutela para suspender resolução do Conselho Federal de Educação Física dispondo sobre acupuntura: procedimento alternativo não regulamentado. Ausência dos requisitos do art. 273. Agravo interno não provido.
> - 1. A antecipação de tutela exige prova inequívoca que convença o julgador acerca da verossimilhança das alegações do autor, à qual se deve agregar, cumulativamente, o trinômio dos incisos I e II do aludido artigo - perigo de dano, abuso de defesa ou propósito protelatório, tudo no intento de antecipar o resultado, que, muito provavelmente, a ulterior sentença veiculará: à medida que se esmaece a evidência do direito, porque a prova perde sua essência de gerar conclusão

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 264

irrefutável, avulta o risco da contradição, assim inviabilizando a tutela imediata cognitiva.
- 2. Não sendo a prática da acupuntura regulamentada no Brasil nem evidenciado que ela caracteriza ato médico por qualquer documento oficial, não comprovada, ainda, por qualquer dado estatístico oficial a evidência de risco da sua prática por outros profissionais, não estão presentes os requisitos do art. 273 do CPC necessários ao deferimento da antecipação de tutela.
- 3. Agravo interno não provido.
- 4. Peças liberadas pelo Relator em 20.06.05, para publicação do acórdão (AGTAG 2005.01.00.016818-7/DF - Agravo interno no agravo de instrumento - Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, 15.07.05 - *DJ*, p.113).

Administrativo. Exercício profissional. Atividade não regulamentada. Acupuntura. Ação cautelar. Embargos de declaração. Nulidade de inexistência de honorários advocatícios. Omissão. Dispositivos legais não apreciados. Desnecessidade.
- 1. Em sede de ação cautelar, há que se verificar a presença simultânea dos dois requisitos essenciais, quais sejam o *periculum in* mora e o *fumus boni juris*, sendo certo que, para aferir a existência do *fumus boni juris*, faz-se necessário examinar, pelo menos, aquela plausibilidade jurídica acerca da pretensão a ser deduzida na causa principal.
- 2. Nas causas de valor inestimável, os honorários serão fixados conforme o disposto no art. 20, § 4º.
- 3. O órgão judicante não está adstrito a analisar todas as razões e fundamentos indicados pelas partes, bastando que indique os motivos que embasaram sua convicção.
- 4. Embargos de declaração conhecidos, tão-somente, para sanar a omissão apontada quanto à não-apreciação do apelo em razão da condenação em honorários advocatícios e rejeitados quanto aos demais tópicos (EDAC 2001.34.00.031798-3/DF - Embargos de declaração na apelação cível - Des.ª Federal Maria do Carmo Cardoso, 08.10.04 - *DJ*, p.126).

Processual civil. Agravo de instrumento. Acupuntura. Técnica profissional. Inexistência. Exclusividade. Exercício. Médico. Interposição. Agravo. Art. 558, CPC. Não-ocorrência. Grave lesão. Improcedência.
- 1. A prática da acupuntura, no Brasil, ainda carece de regulamentação. Portanto, o exercício da acupuntura ainda não pode ser considerado uma profissão, mas sim uma técnica específica, exigindo dos próprios médicos formação própria. Assim sendo, não há falar em vinculação de tal técnica à ciência médica.
- 2. O agravo interposto com fundamento no art. 58 do CPC só tem cabimento em presença de lesão grave ou de difícil reparação a justificar seja revista a decisão impugnada.
- 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento (AG 2003.01.00.004523-8/DF - Agravo de instrumento - Des. Federal Tourinho Neto - 07.11.03 – *DJ*, p.26).

Suspensão de segurança. Agravo regimental. Conselho Federal de Enfermagem. Conselho Federal de Medicina. Acupuntura.
- 1. A atividade de acupuntor não está regulada por lei específica, não podendo sofrer limitações ao seu exercício, sob pena de ferir-se o inciso XIII do art. 5º da Constituição.
- 2. Possibilidade de grave lesão à ordem econômica, ante a possibilidade de milhares de profissionais ficarem impedidos de exercer a função de acupuntor (SS 2002.01.00.002216-5/DF - Suspensão de segurança - Des. Federal Presidente - 28.06.02 – *DJ*, p.28).

O inciso XIII do art. 5º da CF/88 é claro ao assegurar o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer e, no caso dos autos, não há lei regulando atividade relativa à acupuntura e que estabeleça que o referido tratamento é atividade privativa de médico devidamente habilitado.

Lado outro, compulsando os autos, verifico que o contrato social da empresa agravada destaca que possui como objeto social a prestação de serviços de saúde, acupuntura, consultas médicas e internação, bem como os demais serviços destacados nos anúncios veiculados no jornal e nos informativos distribuídos pelo instituto, que divulga seus serviços como de assistência médica.

No entanto, o instituto agravado não possui registro no CRM-MG, tendo em vista que não foi reconhecido como estabelecimento médico pelo Conselho Regional de Medicina, conforme comprova o Relatório de Vistoria do

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 265

Instituto Brasil China de Acupuntura Ltda. (f. 33/37). Ademais, não há profissionais médicos habilitados na referida clínica que possam prestar e/ou supervisionar o tratamento médico adequado, conforme ofertado, mas apenas terapeutas acupunturistas, conforme assevera o próprio agravado, à f. 104, que poderão tão-somente prestar tratamento de acupuntura.

Insta esclarecer que apenas o estabelecimento médico, supervisionado por um profissional devidamente habilitado na referida área de saúde, pode oferecer tratamento médico, bem como a internação com esse intuito, sob pena de caracterizar-se ocorrência de exercício ilegal da Medicina, induzindo a erro o paciente a respeito da natureza dos serviços.

Nesse diapasão, verifico que estão presentes os requisitos para o deferimento parcial da antecipação de tutela, no sentido de determinar ao agravado a suspensão, de imediato, da prestação de serviços médicos, tais como consultas e internação, sendo lícito, tão-somente, ao instituto agravado a prestação de tratamento de acupuntura, cujo exercício não exige, ao que me consta, nenhuma supervisão por médico devidamente habilitado na área de saúde.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para determinar ao agravado a suspensão, de imediato, da prestação de serviços médicos de saúde, tais como consultas médicas e internação, bem como proibir o agravado de veicular em anúncios e demais meios de comunicação, dentre eles, seus boletins informativos e periódicos, referências à prestação de serviços de saúde privativos de médicos devidamente habilitados, sendo lícito, tão-somente, ao instituto agravado a prestação de serviços de acupuntura, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (hum mil reais).

Custas recursais, à razão de 70% pelo agravado, ficando os 30% remanescentes a cargo do agravante, suspensa a inexigibilidade no tocante a esse último.

O Sr. Des. Eduardo Mariné da Cunha - Acompanho o em. Relator, enfatizando apenas que a suspensão determinada é apenas de prestação de serviços médicos, tais como ressaltou o em. Relator, consultas e internações. E a proibição de veicular anúncio e demais meios de propaganda, de boletins, de periódicos, relativamente à prestação de serviços médicos, privativos do profissional hipocrático, permitindo, contudo, que o instituto agravado preste serviços específicos de acupuntura.

O Sr. Des. Irmar Ferreira Campos - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:::-

DIREITO AUTORAL - MÚSICA - RETRANSMISSÃO - EMPRESA HOTELEIRA - RÁDIO NOS APARTAMENTOS - FIM LUCRATIVO - AUSÊNCIA - ECAD - COBRANÇA - ILEGALIDADE

Ementa: Recurso provido. Ação de cobrança. Direitos autorais. Música em pousada. Rádio instalado nos apartamentos. Ilegitimidade de cobrança.

- Considerando-se o fato de que ninguém se hospeda em uma pousada localizada em cidade turística atraído pela música, tem-se como ilegítima a cobrança de direitos autorais relativa a rádios independentes, instalados nas acomodações dos quartos individuais, de livre acionamento e escolha das estações pelos ocupantes do apartamento.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0625.03.025798-8/001 - Comarca de São João Del-Rei - Apelante: Pousada Mãe D'Água Ltda. - Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad - Relator: Des. BATISTA DE ABREU

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 266

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, 30 de maio de 2007. - *Batista de Abreu* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Hildebrando Pontes Neto.

O Sr. Des. Batista de Abreu - Cuida-se de ação de cunho declaratório em que pretende a empresa autora a declaração de inexistência de relação jurídica e de débito, ao argumento principal de que, por ser do ramo de hotelaria, inexiste previsão legal que enseje a sua obrigação de recolher a contribuição cobrada pelo apelado.

A sentença impugnada, no meu modesto sentir, *data venia*, não pode prevalecer, porque, conforme já tive oportunidade de me manifestar em julgamentos assemelhados a este, a Lei 9.610/1998 tem por finalidade garantir o autor, pessoa física, criador de obras literárias, artísticas ou científicas, protegendo-o do uso indevido de suas obras. Para isso, criou o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, como mandatário das associações, que, por sua vez, são mandatárias dos autores. Tem o Ecad atuação em juízo, fora dele, em seu próprio nome como substituto processual dos titulares dos direitos a ele vinculados.

Assim, tem-se que, sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas composições musicais e executadas em locais públicos, considerando como tal lojas e os mais diversos estabelecimentos comerciais, mesmo por radiodifusão. Tudo isso é da lei, em proteção ao artista.

Contudo, o que nos chama a atenção é a forma de atuação do Ecad, com a qual se chega ao seu desiderato. O chamado regulamento de arrecadação, a tabela de preço, tudo é criado pelo próprio Ecad da forma espontânea de seu gosto. Como a antiga URV, tem-se a UDA, e, em qualquer estabelecimento que esteja executando uma música e, de acordo com esse regulamento, autua a loja, e, como no caso presente, uma pousada, impondo-lhe o valor da multa, sem qualquer chance de defesa.

Não concordo que essa forma de cobrança, que não resta estabelecida pela referida lei, que protege os direitos autorais.

In casu, penso que o uso de músicas pela pousada apelante, assim como em estabelecimentos similares, não possui fins lucrativos. Por certo, nenhum turista que vai à histórica e agradável cidade de Tiradentes se hospeda neste estabelecimento atraído pela música que executa por transmissão de rádios disponíveis nos quartos a serem alugados.

Nesse caso, de transmissão por rádio, a emissora, a que lucra com a música, já pagou os direitos autorais. Por que então o *bis in idem*?

Considerando, então, que não executa a apelante música ambiente em seu estabelecimento, mas apenas existem aparelhos de rádios nos apartamentos alugados pelos clientes, que podem deles dispor individualmente, escolhendo a rádio que bem entenderem, é certo que a sua atividade em nada tem a ver com a música e, tampouco, depende esta de sonorização ambiental para atrair seus clientes, não cabendo mesmo a manutenção da decisão recorrida, *data venia*.

Daqui uns dias, se a moda pega, estarão cobrando direitos autorais dos veículos de passageiros.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para, reformando integralmente a decisão de primeiro grau, julgar procedente o pedido inicial, para declarar inexistente

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 267

a relação jurídica entre as partes e indevida a cobrança do débito estampado nas guias emitidas pelo Ecad, a título de direito autoral, juntadas nas f. 06, 12 e 13, invertidos os ônus da sucumbência.

Custas, pelo apelado.

O Sr. Des. José Amancio - Ouvi com atenção as brilhantes palavras proferidas da tribuna.

Nesse processo, especificamente, como bem colocado pelo ilustre Relator, se a Pousada Mãe D'Água, ao disponibilizar aos seus clientes a rádio AM ou FM para que seja retransmitida música pela televisão ou no aparelho sonoro ao pé da cama, cobrar pelo Ecad, outra vez, porque já se cobrou da rádio o valor de R$ 50,00 cada vez que uma música é tocada, seria até *bis in idem*, como dito no voto do Relator.

Isso posto, acompanho o Relator.

O Sr. Des. Sebastião Pereira de Souza - Também ouvi com atenção as brilhantes palavras da tribuna. Realmente, o Ecad cumpre um trabalho de suma importância ao defender os direitos do autor, de quem inventa uma determinada poesia e, nela, põe música.

A lei dispõe que, antes de se executar uma obra lítero-musical, deve-se pedir permissão ao autor, que, por sua vez, é representado pelo Ecad, para só depois executar a obra.

O que não consigo entender é que, se a cobrança é pela execução da obra, como é que estou executando se, simplesmente, coloquei, no quarto, um aparelho de televisão, um aparelho de rádio. As estações de rádio e televisão procuram o Ecad dizendo que vão executar determinadas músicas e pagam por isso. Eu vou ter que pagar adiantadamente a execução, pois como eu, ouvinte de rádio e telespectador de televisão, vou saber se, ao ligar esses aparelhos, vai sair um noticiário ou vai sair uma obra lítero-musical? É essa dúvida que me assalta nos momentos de decidir.

Como foi muito bem dito, o fato gerador do direito do autor da obra é justamente a execução, e não a audiência. No quarto, está sendo disponibilizado aparelho para se ouvir, e não para se executar. O ouvinte e o telespectador não agem por ação, não executam propriamente a obra, apenas a utilizam, ao ser executada por uma determinada estação, ou de rádio ou de televisão. Então, é por isso que, quando há essa discussão entre o Ecad e um patrocinador de evento, não há dúvida, pois um *show* é uma apresentação pública. Mas a mim me parece que a utilização de aparelhos de rádio dentro de quarto de hotel não é uma exibição pública. O próprio ilustre professor na sua peroração disse que ninguém tem como invadir o quarto do hotel para ver se a pessoa vai ou não ligar o aparelho. O que é público qualquer um pode ter acesso, qualquer um pode ter participação.

Acompanho o eminente Des. Relator e dou provimento ao recurso, nos termos de seu judicioso voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

AÇÃO COMINATÓRIA - SOCIEDADE - REUNIÃO DE SÓCIOS - NULIDADE DE CONVOCAÇÃO - CONTRATO SOCIAL - AUSÊNCIA DE PREVISÃO - NORMAS SOBRE A ASSEMBLÉIA - § 6º DO ART. 1.072 DO CÓDIGO CIVIL/2002 - APLICABILIDADE - ADMINISTRADOR NÃO-SÓCIO - DESTITUIÇÃO - *QUORUM* - MAIORIA ABSOLUTA

Ementa: Ação cominatória. Nulidade de convocação de reunião de sócios. Ausência de previsão no contrato social. Aplicação do § 6º do art. 1.072 do novo Código Civil. Destituição de administrador não sócio nomeado no contrato. *Quorum*. Maioria absoluta.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 268

- Aplicam-se à reunião dos sócios, se o contrato não dispuser a respeito, as normas sobre a assembléia, previstas no § 6º do art. 1.072 do novo Código Civil.

- O novo Código Civil prevê que os administradores podem ser sócios ou não sócios, nomeados no contrato social ou em ato separado. Os administradores não sócios podem ser destituídos pelo *quorum* correspondente a mais da metade do capital social, que é a chamada maioria absoluta, segundo dispõe o inc. II do art. 1.076 do novo Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0596.06.036174-5/002 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Apelante: PWM do Brasil Ltda. - Apelada: Phihong Technology Co. Ltda. - 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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2007. - *Duarte de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Júlio César Oliveira de Medeiros.

O Sr. Des. Duarte de Paula - Inconformada com a r. decisão que julgou improcedente o pedido inicial constante da ação cominatória, denominada pela autora de ação de obrigação de não fazer, proposta contra Phihong Technology Co. Ltda., recorre a autora, Pwm do Brasil Ltda., buscando reverter o julgado pelos fundamentos expendidos às f. 277/303.

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Alegou a empresa autora, na inicial, que detém 40% das quotas de capital da sociedade Phihong Pwm do Brasil Ltda., sendo 60% de propriedade da empresa ré, figurando os sócios da autora como administradores da empresa e a ré, como investidora.

Afirmou que um dos administradores da empresa, Carlos Teixeira Dias, recebeu, no dia 20 de setembro de 2006, notificação da ré, solicitando a convocação de reunião de sócios para deliberarem sobre a destituição do administrador Luciano Lamoglia Lopes, nomeado por força da 4ª alteração contratual da empresa, tendo este último recebido a notificação em 29 de setembro de 2006.

Ressaltou que a ré não observou o prazo de oito dias exigido pelo art. 1.073 do novo Código Civil para providenciar a convocação, tendo a ré marcado a reunião para 11 de outubro de 2006, enquanto a autora marcou para o dia 30 de outubro de 2006, dentro do prazo previsto em lei. Alegou que o sócio Luciano Lamoglia Lopes foi nomeado administrador da empresa no contrato social, e sua destituição implica alteração desse estatuto, o que exige o *quorum* mínimo de 75% dos sócios, afigurando-se ilegítima a conduta da empresa ré. Requereu, em antecipação de tutela, que se abstenha a ré de realizar a reunião de sócios no dia 11.10.06, e, ao final, a nulidade da convocação da reunião de cotistas.

Diante da conclusão do MM. Juiz *a quo* de que a convocação providenciada pela empresa ré se afigurou legítima, nos moldes insculpidos no novo Código Civil, e ainda que a destituição do administrador tem previsão expressa, aplicando-se ao caso de não sócio, nomeado administrador no contrato, a regra da maioria, prevista no art. 1.076, II, do novo Código Civil, insurge-se a autora, alegando a extemporaneidade e a ausência de fundamentação do pedido de convocação da reunião para destituição de administrador da sociedade, afirmando que, para a destituição de administrador, é necessário *o quorum* de 75% do capital social,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 269

visto implicar modificação do contrato, conforme disposto no art. 1.076 do novo Código Civil.

No entanto, não assiste razão à apelante.

Infere-se dos autos que as empresas apelante e apelada são sócias da empresa Phihong Pwm do Brasil Ltda., conforme se infere da 4ª alteração contratual, juntada às f. 67/78, detendo a Pwm do Brasil Ltda. 40% do capital social e a Phihong Technology Co. Ltda., 60%, figurando como administradores da sociedade, nomeados no contrato, Yang Heng Chen, Carlos Teixeira Dias e Luciano Lamoglia Lopes, sendo certo que aquele instrumento nada dispôs acerca das questões discutidas nos autos e que constituem o objeto do pedido, quais sejam: prazo de notificação para reunião de sócios e o *quorum* necessário para destituição de sócio.

Nos termos do art. 1.072 do novo Código Civil, as deliberações dos sócios serão tomadas em reunião ou em assembléia, sendo esta obrigatória se o número de sócios for superior a dez.

Em tais condições, no que tange à reunião de sócios, se esses não instituírem normas próprias para as referidas reuniões, serão aplicadas as mesmas regras das assembléias, aplicando-se o § 6º do art. 1.072 do novo Código Civil, que determina: "Aplica-se às reuniões dos sócios, nos casos omissos no contrato, o disposto na presente seção sobre a assembléia".

Assim é que o art. 1.073 do novo Código Civil adverte para as formalidades para a realização da reunião ou assembléia de sócios, que será convocada por sócio, nos casos previstos em lei ou no contrato, quando os administradores retardarem a convocação por mais de sessenta dias, ou por titulares de mais de um quinto do capital, quando não forem atendidos, no prazo de oito dias, em pedido de convocação de reunião, fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas, e, finalmente, pelo conselho fiscal, se houver, se a diretoria retardar por mais de trinta dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes.

Dentre as formalidades da convocação, o anúncio de convocação da reunião ou assembléia de sócios será publicado por três vezes, ao menos, devendo mediar, entre a data da primeira inserção e a da realização da assembléia, o prazo mínimo de oito dias, para a primeira convocação, e de cinco dias, para as posteriores.

A publicação do aviso convocatório de verá ser feita no órgão oficial da União ou do Estado, conforme localização da sede, e em jornal de grande circulação, devendo ser dispensadas as formalidades de convocação quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia.

No caso em exame, em análise à prova documental trazida aos autos, vislumbra-se que o administrador Carlos Teixeira Dias foi notificado no dia 20.09.06 (f. 143/145); Yang Heng Chen, em 20.09.06 (f. 147/149), e Luciano Lamoglia Lopes, em 29.09.06 (f. 140/141).

Atente-se para o fato de que, apesar de o administrador Luciano Lamoglia Lopes ter sido notificado em 29.09.06, o recibo AR de f. 142 noticia que em 20.09.06 foi recebida a notificação pelo correio, concluindo-se que nessa data o administrador já se encontrava ciente do conteúdo da notificação.

Diante da inércia da empresa apelada, que não providenciou a convocação da reunião no prazo de oito dias contados do recebimento da notificação, percebe-se que a empresa apelada, ao convocar a reunião de sócios para o dia 1110.06 e que foi objeto de questionamento por parte da apelante, apenas cumpriu com o disposto no art. 1.073 do novo Código Civil, que prevê a possibilidade de convocação da reunião de sócios por titulares de 1/5 (um quinto) do capital, quando não atendido, no prazo de oito dias, pedido de convocação fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 270

Em relação às publicações, verifica-se ter a empresa apelada providenciado as publicações exigidas pelo § 3º do art. 1.152 do novo Código Civil, conforme se vê às f. 159, 167 e 168, não se constatando qualquer irregularidade da dita convocação, concluindo-se pela sua regularidade.

Não se pode deixar de observar que o Direito contemporâneo vem afirmando, cada vez com maior intensidade, o princípio da celeridade e da instrumentalidade das formas, segundo o qual se deve privilegiar a verdade material, como conteúdo de um processo, em detrimento de qualquer outro formalismo. Com efeito, mesmo que o ato objeto de discussão nestes autos tivesse desrespeitado alguma formalidade, deveria ser mantido em respeito ao princípio supramencionado, visto que seria perfeitamente suprível.

Portanto, estou convicto de que a convocação efetivada pela empresa apelada, cuja nulidade a apelante pretende ver decretada, enquadra-se na hipótese do art. 1.073 e § 3º do art. 1.152 do novo Código Civil, e não há falar em desrespeito a qualquer formalidade legal.

Em relação à destituição de sócios, prescreve o art. 1.071 do novo Código Civil que dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato: "[...]. III - a destituição dos administradores".

Sobre o *quorum* para destituição dos sócios, o art. 1.076 ordena que, ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § 1º do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas: "[...]. II - pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071".

Em regra, a administração da sociedade limitada incumbe aos sócios. Pode o contrato social, entretanto, admitir nomeação de administrador não sócio, como ocorreu no caso dos autos, em que o contrato social, à f. 72, autorizou a nomeação de administradores não sócios. O exercício do cargo de tal administrador cessa pela sua destituição, em qualquer tempo, ou pelo término do prazo fixado, se houver, caso não seja ele reconduzido, conforme se infere do art. 1.063 do novo Código Civil.

A controvérsia aqui travada diz respeito ao *quorum* diferenciado para destituição do administrador não sócio, visto que, tratando-se de sócio nomeado administrador no corpo do contrato social, salvo *quorum* contratual diverso, há disposição expressa que determina que a destituição se opere apenas mediante aprovação de titulares de quotas correspondentes a pelo menos 2/3 do capital social, segundo se infere do § 1º do art. 1.063 do novo Código Civil.

Na vigência da legislação anterior, as deliberações dos sócios na sociedade limitada eram exercidas de forma bastante simples, sem a existência de *quorum* diferenciado. Bastava a decisão dos sócios ou do sócio titular de mais da metade do capital social, não importando a natureza do assunto a ser decidido, além da não-existência de grandes formalidades. Se a deliberação implicasse alteração contratual, era suficiente o arquivamento do respectivo aditivo na Junta Comercial. Se eventualmente a deliberação não provocasse qualquer modificação contratual, podia ser feita, a critério dos sócios, mediante uma simples declaração de compromisso ou ata, chegando até mesmo ser a concretizada de forma oral.

Hoje, com as disposições do novo Código Civil, a deliberação na sociedade limitada já não é mais tão simples, ganhando contornos de maior complexidade, formalismo e *quorum* diferenciado para os vários tipos de situação, previstos no art. 1.076 do novo Código Civil:

a) unanimidade; para a designação de administradores não sócios, enquanto o capital social não estiver integralizado (art. 1.061);

b) 3/4 do capital social; nas hipóteses de modificação do contrato social, incorporação, fusão, dissolução da sociedade ou cessação do estado de liquidação;

c) 2/3 do capital social; nas hipóteses de designação de administradores não sócios, se

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 271

o capital social estiver integralizado, (art. 1.061); e, salvo disposição contratual diversa, de destituição de sócio nomeado administrador no contrato social (§ 1º, art. 1.063);

d) mais da metade do capital social, que é a chamada maioria absoluta; nas demais hipóteses de designação dos administradores, quando feita em ato separado; de destituição de administradores; de fixação da remuneração dos administradores, quando não estabelecida no contrato social; e de pedido de concordata;

e) mais da metade dos sócios presentes à assembléia ou reunião, ou seja, maioria simples; nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

Rubens Requião, em artigo intitulado "A destituição do administrador na sociedade limitada - princípio da maioria - *quorum* mínimo - Regras do Código Civil. O efeito da recuperação judicial e da falência na administração da sociedade", ensina com propriedade:

> A mudança de técnica na nomeação do administrador, permitida a sua designação por ato em separado (art. 1.060 do Código Civil), e ainda o regime de deliberar em reunião ou assembléia dos sócios, implica certa perplexidade, visto que o sistema tradicional de investidura e destituição do órgão da sociedade de responsabilidade limitada era a alteração do contrato social, ao menos no aspecto formal. Se esta fórmula tivesse sido mantida como exclusiva, o *quorum* a ser observado seria o geral, previsto para a alteração contratual (art. 1.071, III, c/c o art. 1.076, I), ou seja, três quartos do capital. Existem, entretanto, regras específicas: no caso do administrador nomeado pelo contrato, haveria que ser reunida a maioria de dois terços do capital para sua destituição, segundo o art. 1.063, § 1º, se aquele não previsse regra especial, estabelecendo *quorum* menor ou maior que o determinado pela lei. O fato de o administrador ter sido designado pelo contrato não impede sua destituição determinada em reunião ou assembléia, certificada em ata, sem feição de alteração contratual. O art. 1.063, § 1º, não exige que tal destituição ocorra mediante alteração do contrato. Na hipótese de designação do administrador por ato em separado, a sua destituição ocorrerá por deliberação da maioria do capital, segundo o art. 1.076, II, podendo ser adotada em reunião ou assembléia dos sócios, da qual se lavrará ata que deverá ser averbada no Registro das Empresas Mercantis. Há, também, a alternativa da deliberação de todos os sócios ser contita em documento específico, independentemente da realização de reunião ou assembléia. Diante da nova orientação do Código Civil, a destituição do administrador, em especial, não deve ser vista ou implantada como alteração contratual (*Site*: www.requiaomiro.adv.br/artigo22.htm).

Aos que defendem, como a apelante, que à destituição de administrador não sócio nomeado no contrato deveria ser aplicado o *quorum* de 3/4 por envolver modificação contratual, segundo comando do art. 1.071, V, c/c o art. 1076, I, entendemos, com fulcro em princípio de hermenêutica, que, por ser a "destituição" tema mais específico que a "modificação contratual", deve a regra mais específica do inciso II do art. 1.076 (maioria absoluta) ter preferência sobre a mais geral do inciso I do mesmo artigo (3/4).

A despeito dessa consideração, verifica-se, na espécie, não prevalecer a tese da apelante de que a destituição de não sócio nomeado em contrato, por implicar alteração do contrato, exige 3/4 (75%) do capital social, socorrendo-se do inc. I do art. 1.076 do novo Código Civil.

Assim, conclui-se não haver censura a se fazer à r. decisão hostilizada, que bem apreciou a questão, dando-lhe merecido desate, pelo que nego provimento ao recurso, impondo-se sua manutenção da r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

A Sr.ª Des.ª Selma Marques - Gostaria de registrar minha atenção às palavras do Dr. Júlio César Oliveira de Medeiros, e o faço com tamanha ênfase que me autoriza a dizer a S. Ex.ª, com toda humildade, que o Tribunal de Justiça, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, não faz distinção de sexo, portanto, todos os magistrados

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 272

que o integram, independentemente de sexo, são tratados de desembargadores.

Recebi memorial na hora da sessão; portanto, dei uma olhada rápida, e, como a nossa posição converge com a sustentada da tribuna, não estou com nenhum problema de consciência por não o ter apreciado, e, dessa forma, esta Desembargadora Revisora está, também, negando provimento ao recurso.

O Sr. Des. Afrânio Vilela - Na condição de Vogal, estou acompanhando integralmente o voto proferido pelo eminente Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL - DANO MORAL - CIRURGIA - ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - NEXO CAUSAL - INEXISTÊNCIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - DEFEITO - PROVA - AUSÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Ação de indenização. Erro médico. Responsabilidade objetiva da clínica. Nexo de causalidade e defeito na prestação do serviço. Ausência de comprovação. Indenização indevida.

- Nos termos do *caput* do art. 14 do CDC, "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

- Inexistindo nexo de causalidade e defeito na prestação de seus serviços, fica afastado o dever de responsabilidade das seqüelas decorrentes da intervenção cirúrgica.

Apelação provida.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0707.01.044481-8/001 - Comarca de Varginha - Apelante: Pro Oftalmo Micro Cirurgia Ocular S/C Ltda. - Apelado: Kai Dinesen Hansen - Relator: Des. PEREIRA DA SILVA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 29 de maio de 2007. - *Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral pela apelante a Dr.ª Renata Oliveira de Almeida.

O Sr. Des. Pereira da Silva - Trata-se de recurso de apelação interposto pela Pro Oftalmo Micro Cirurgia Ocular S/C Ltda. contra a sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Varginha, nos autos da ação de indenização ajuizada por Kai Dinesen Hansen.

Adoto o relatório da sentença (f. 171/178), por fiel, acrescentando que o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento do valor de R$ 14.400,00 a título de danos morais e a importância de R$ 420,00, por danos materiais.

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação (f. 180/194), alegando que as provas

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 273

dos autos, principalmente a pericial, comprovam que ela agiu corretamente na prestação de serviço, aplicando corretamente a técnica existente na época da cirurgia.

Afirma que a cirurgia alcançou o seu objetivo e que o resultado danoso foi a redução parcial da visão do olho direito do apelado, decorrente da opacificação na região central da córnea "hazes".

Aduz que a prova pericial confirma que a má cicatrização "hazes" sempre existe e varia de acordo com as características de cada pessoa.

Alega que após a cirurgia o apelado não mais compareceu à clínica para aplicação de colírio. Assim, não há nexo causal entre a conduta da clínica e o evento danoso. Alternativamente, pugna pela redução do valor fixado a título de dano moral, e, quanto ao dano material, é descabido, visto que o serviço fora prestado corretamente.

O apelado apresentou contra-razões às f. 197/201.

Esse, o breve relatório.

Conheço do recurso porque próprio e tempestivo.

Estão preenchidos os demais requisitos de admissibilidade recursal.

Passo à análise das razões recursais.

Compulsando os autos, verifico que o autor ajuizou a presente ação de indenização alegando ocorrência de erro médico decorrente de defeito do serviço prestado, que resultou opacificação central da córnea, com irremediável redução da visão do olho direito, embora a visão tenha regredido.

Inicialmente, vale registrar que o contrato de prestação de serviços médicos é, em geral, considerado de meio, como no presente caso, e não de resultado.

O festejado Humberto Theodoro Júnior assim leciona a respeito da obrigação de meio:

> Já, na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo.
> O objeto do contrato limita-se à referida atividade, de modo que o devedor tem de empenhar-se na procura do fim que justifica o negócio jurídico, agindo com zelo e de acordo com a técnica própria de sua função; a frustração, porém, do objetivo visado não configura inadimplemento, nem, obviamente, enseja dever de indenizar o dano suportado pelo outro contratante.
> Somente haverá inadimplemento, com seus consectários jurídicos, quando a atividade devida for mal desempenhada.
> É o que se passa, em princípio, com a generalidade dos contratos de prestação de serviços, já que o obreiro põe sua força física ou intelectual à disposição do tomador de seus serviços sem se comprometer com o resultado final visado por este (*Dano moral.* São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000, p. 69,70).

Cabe também ressaltar que a relação havida entre as partes caracteriza-se como de consumo, por se inserir perfeitamente nos ditames dos arts. 2º e 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a clínica/apelante figura como autêntica prestadora de serviços, quando deve sua responsabilidade ser decidida sob o abrigo da responsabilidade civil objetiva, como dispõe o art. 14 do mesmo diploma legal:

> Art. 14. 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.
> § 1º. O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
> I - o modo de seu fornecimento;
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
> III - a época em que foi fornecido.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 274

> § 2º. O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.
> § 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.
> § 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Assim, a responsabilidade dos médicos, como profissionais liberais, observará a existência dos requisitos exigidos pelo art. 186 do Código Civil: conduta culposa ou dolosa, dano e nexo causal.

Todavia, deve-se frisar que a demanda foi proposta em face da Clínica Pro Oftalmo Micro Cirurgia Ocular S/C Ltda., e a responsabilidade desta é objetiva, e só poderá se eximir da responsabilidade se comprovar inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro.

A respeito do tema, o festejado autor Sálvio de Figueiredo Teixeira pontifica, em sua obra coordenada - *Direito e medicina*: aspectos jurídicos da medicina, da Editora Del Rey, 2000, p. 194, que o erro médico

> (...) é a falha do profissional médico no exercício de sua profissão. O médico, que se obriga a cuidar do paciente, não a curá-lo, deve fazê-lo com adequação e com o melhor que a Medicina puder oferecer.
> Essencial que o médico se mantenha atualizado. A visão do erro depende do ponto de vista do paciente, de sua família, do médico, da classe médica, da imprensa e da comunidade.
> Para a responsabilização de seu autor, todavia, o que vale é o prisma da Justiça. E para esta o erro médico é caracterizado 'pela presença de dano ao doente, com nexo comprovado de causa e efeito, e de procedimento em que tenha havido uma ou mais das três falhas por parte do médico: imperícia, imprudência e negligência. É preciso estejam presentes, para que se caracterize erro médico: 1. o dano ao doente; 2. a ação do médico; 3. o nexo efetivo de causa e efeito entre o procedimento médico e o dano causado; 4. uma ou mais das três citadas falhas - imperícia, imprudência e negligência.
> A falta de qualquer desses itens discriminados descaracteriza o erro médico. Quanto à ação ou omissão do médico, no exercício profissional, causando dano à saúde do paciente, somente se lhe imputará o erro se for comprovado o nexo causal entre sua, ou suas faltas, e o mau resultado para o doente.

Compulsando detidamente os autos sob o enfoque da culpa objetiva da apelante, e não da culpa clássica, tenho que mesmo assim não restou demonstrado o nexo causal, bem como não se comprovou que o serviço tenha sido prestado de maneira inadequada.

No presente caso, o ilustre perito judicial, Dr. Jander Guedes Favaro, apresentou a seguinte conclusão, no laudo juntado às f. 117/118:

> A perícia por mim realizada comprova realmente a existência de opacificação em região central de córnea (estroma), conhecida por hazes, em seu olho direito, ocasionada por fotoablação corneana (Excimer Laser) que nada mais é do que o embassamento visual descrito pelo mesmo.
> Contudo, não posso concluir que tal seqüela se deveu necessariamente por ato falho médico em sua intervenção cirúrgica, uma vez que o risco e a possibilidade de má cicatrização (hazes) sempre existe, não obstante a literatura médica não especificar seu percentual de ocorrência, e varia de acordo com as características individuais de cada pessoa.
> No presente caso, o risco foi acentuado em virtude do alto grau de miopia a ser corrigido (13 graus), sendo certo que, atualmente, tal técnica PRK, com as informações que temos hoje, não seria a mais indicada para o paciente ora periciado, e, infelizmente, a técnica Lasik ainda não estava disponível em 1995.

Em resposta ao quesito nº 08, sobre a atuação da clínica, o ilustre perito afirmou que:

> Não. Pelo que se pode observar, nos exames levados a efeito na pessoa do paciente, a intervenção cirúrgica foi aplicada dentro dos padrões da época, motivo pelo qual não se pode afirmar culpa do médico, seja por negli-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 275

gência, por imprudência ou mesmo imperícia. Cumpre observar, todavia, que, atualmente, quanto ao aparecimento de hazes, notadamente em pacientes de alto grau de miopia (caso do paciente, que detinha 13 graus), o risco de opacificação da região central se acentua, motivo pelo qual o Excimer Laser já não é mais indicado para pacientes de alto grau de miopia, acima de 5 a 7 graus.

Assim, percebe-se que, apesar de reconhecido o dano sofrido pelo autor, este representava um risco intrínseco ao procedimento adotado, que na época era o único existente e adequado à doença, pois houve uma redução da miopia de 13 para 3,5 graus, mas realizado com a técnica certa, com destreza e zelo, sendo certo que a seqüela decorreu por fatores pessoais do apelado.

O fato de a cirurgia "Excimer Laser" já não ser a mais indicada para o tratamento decorre da evolução da medicina que avança a cada dia, e não há como responsabilizar os médicos, que aplicam as técnicas disponíveis e corretas, em dada época, por seqüelas advindas da intervenção cirúrgica.

Portanto, a obrigação de reparar por erro médico exige a comprovação de ter ocorrido imperícia, negligência ou imprudência, além do nexo de causalidade entre a conduta médica e as conseqüências lesivas à saúde do paciente, sem o que não se pode atribuir responsabilidade civil.

Este, o entendimento jurisprudencial desta Corte:

> Ementa: Responsabilidade civil - Erro médico - Nexo causal constatado - Conduta culposa - Inexistência - Dever de indenizar - Ausência. - Somente enseja indenização se comprovada a conduta culposa do médico na prestação de seus serviços ao paciente. - A obrigação de reparar por erro médico exige a comprovação de ter ocorrido imperícia, negligência ou imprudência, além do nexo de causalidade entre a conduta médica e as conseqüências lesivas à saúde do paciente, sem o que não se pode atribuir responsabilidade civil (AC 1.0024.03.969.662-0/001. Des. Alvimar de Ávila).

Portanto, inexistindo nexo de causalidade e defeito na prestação dos seus serviços, fica afastado o dever de responsabilidade pelas seqüelas decorrentes da intervenção cirúrgica.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso aviado, para reformar totalmente a sentença, julgando improcedente a ação indenizatória, afastando a responsabilidade civil da clínica Pro Oftalmo Micro Cirurgia Ocular S/C Ltda., aqui apelante, pelos danos sofridos pelo autor.

Inverto os ônus de sucumbência, arbitrando em R$ 1.000,00 a verba honorária, ficando suspensa a exigibilidade de tais encargos, por litigar o autor sob o pálio da assistência judiciária, nos termos da Lei Federal 1.060/50.

Custas recursais, na forma da lei, pelo apelado, ficando suspensa a cobrança desta verba, pelo motivo acima indicado - art. 12 do diploma referido.

A Sr.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte - De acordo.

O Sr. Des. Cabral da Silva - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - ILEGITIMIDADE PASSIVA - SOCIEDADE SUBSIDIÁRIA INTEGRAL - PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA - SUCESSÃO - INOCORRÊNCIA

Ementa: Revisão contratual c/c repetição de indébito. Ilegitimidade passiva. Subsidiária integral. Personalidade jurídica própria. Sucessão. Inocorrência.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 276

- A aquisição, por companhia, da totalidade das ações de outra sociedade não implica sucessão de pessoas jurídicas ou mesmo extinção da personalidade jurídica da última, passando esta, apenas, à condição de "subsidiária integral" daquela.

- Tratando-se de relação negocial celebrada tão-somente entre o autor e a "subsidiária integral", pessoa jurídica distinta da sociedade incorporadora de ações, incabível a inclusão desta no pólo passivo da ação, em que o autor pretende se ver ressarcido em razão de prejuízos que diz causados por aquela.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.06.059494-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Lima Roupas e Acessórios Ltda. - Apelado: Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. - Relator: Des. TARCÍSIO MARTINS COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2007. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Tarcísio Martins Costa - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. decisão de f. 497/500, proferida pelo MM. Juiz da 11ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação de revisão contratual c/c repetição de indébito movida por Lima Roupas e Acessórios Ltda., em face de Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por ilegitimidade *ad causam* do banco réu.

Inconformada, apela a autora (f. 503/513), buscando a anulação do decisum, sustentando, preliminarmente, que o julgamento antecipado da lide resultou em cerceamento de seu direito de defesa.

Ressalta que o banco réu é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, porquanto, ao suceder integralmente ao Banco Bandeirantes S.A., se tornou responsável pelos atos praticados pela instituição bancária sucedida, nos termos da legislação civil, comercial e de consumo.

Esclarece, ademais, que o banco apelado, conforme por ele mesmo admitido, incorporou, em seu patrimônio, a totalidade das ações do Banco Bandeirantes S.A., deixando este de ter existência jurídica, porquanto caracterizada a sucessão jurídica de companhias, consoante as regras previstas na Lei 6.404/76.

Assim, requer seja reconhecida a legitimidade passiva *ad causam* do banco réu, remetendo-se os autos à instância de origem, a fim de que se dê prosseguimento ao feito, com a realização da prova pericial contábil.

Contra-razões, em óbvia infirmação, pugnando pelo desprovimento do apelo (f. 519/523).

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Preliminar: cerceamento de defesa.

Alega a apelante que o MM. Juiz primevo, ao julgar antecipadamente a lide, para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva, deixou de apreciar os elementos de prova insertos nos autos, o que implicou cerceio de defesa.

Descabida a preliminar, *data venia*.

O art. 329 do digesto processual estatui que: "Art. 329. Ocorrendo qualquer das hipóte-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 277

ses previstas nos arts. 267 e 269, incisos II a V, o juiz declarará extinto o processo".

Exatamente este o caso dos autos, encontrando-se a decisão extintiva do feito, sem resolução de mérito, respaldo no permissivo legal em evidência.

Confira-se a lição acatada de Luiz Guilherme Marinoni:

> Quando impossível ao juiz, em vista de alguma situação impeditiva, proferir sentença julgando procedente ou improcedente o pedido, cabe a extinção anômala do processo.
> (...)
> Como está claro, o art. 329 deixa de lado o primeiro inciso do art. 269, que trata da hipótese em que o juiz acolhe ou rejeita o pedido. Como será visto com mais profundidade adiante, o juiz pode apreciar diretamente o pedido quando a hipótese impõe o que se denomina 'julgamento antecipado do mérito' ou 'da lide'. Nesse caso, como ocorre nas hipóteses de extinção anômala do processo (extinção do processo sem julgamento do pedido), este será encerrado independentemente da realização de 'audiência preliminar' (...) (*Manual do processo de conhecimento*. 3. ed., Ed. RT, p. 280).

Não há, portanto, se cogitar de cerceamento de defesa, em face do julgamento antecipado da lide, ante expressa previsão legal, cuidando-se, inclusive, de lógica processual, pois, acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, com a conseqüente extinção do processo, sem análise do mérito, imprestável se tornaria a dilação probatória (CPC, art. 130).

Pelo exposto, rejeita-se a preliminar.

A matéria posta em lide gira unicamente em torno do reconhecimento ou não da legitimidade passiva *ad causam* do banco apelado.

Para que o processo tenha eficácia, dizer é, para que o demandante alcance o objetivo proposto, obtendo a prestação jurisdicional invocada, faz-se necessário que a lide esteja deduzida com observância de alguns requisitos básicos, sem os quais o órgão jurisdicional não estará em situação de enfrentar o litígio e dar às partes uma solução que componha definitivamente o conflito de interesses.

Dentro desse princípio, estabelece a lei processual normas específicas a serem adotadas, nominando-as condições de ação, que, para Arruda Alvim, "são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e muitas vezes na lei, mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final", estando esse instituto corporificado no trinômio: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e interesse de agir.

No que concerne à legitimidade de partes, esta significa o reconhecimento do autor e do réu, pela ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas, respectivamente, a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda.

No tema, o saudoso Mestre Celso Agrícola Barbi leciona que:

> A legitimidade é o segundo requisito exigido pelo art. 3º para que o autor possa propor ação e para que o réu possa contestá-la. É, usualmente, denominada legitimação para a causa, ou *legitimatio ad causam*. Significa ela que só o titular de um direito pode discuti-lo em juízo e que a outra parte na demanda deve ser o outro sujeito do mesmo direito; ou, na precisa definição de Chiovenda: 'é a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e da pessoa do réu com a pessoa obrigada' (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, 1981, v. I, nº 35).

In specie, assoma dos autos que a autora ajuizou ação ordinária em face de Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., visando ao ressarcimento de prejuízos que diz ter sofrido por práticas ilícitas imputadas ao Banco Bandeirantes S.A., tais como lançamentos de débitos e tarifas indevidas, apropriação de rendimentos de aplicações financeira, além de outras, ressaltando a apelante que o banco réu é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, porquanto, ao suceder integralmente ao Banco Bandeirantes S.A., tornou-se responsá-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 278

vel pelos atos por estes praticados, nos termos da legislação civil, comercial e de consumo.

Sem qualquer parcela de razão, *data venia.*

É que a autora não firmou contrato de abertura de conta corrente com o banco réu, mas sim com o Banco Bandeirantes S.A., que veio a se tornar instituição financeira "subsidiária integral" do Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., com personalidade jurídica e patrimônio próprios, não tendo ocorrido nenhuma das hipóteses de extinção, tais como fusão (união de duas ou mais empresas, formando uma terceira), incorporação (absorção de uma empresa por outra), ou transformação (mudança de atividade ou objetivos).

Com efeito, o que ocorreu foi a compra pelo Unibanco S.A. da totalidade das ações do Banco Bandeirantes S.A., o que, ao contrário do afirmado pela recorrente, não implica sucessão de pessoas jurídicas ou mesmo extinção da personalidade jurídica deste, passando ele, apenas, à condição de "subsidiária integral" daquele, conforme se extrai da ata da Assembléia Geral Extraordinária, encartada à f. 484, *litteris*:

"(...) o BBSA tornou-se, direta e indiretamente, subsidiária integral do Unibanco, que passou a deter, direta e indiretamente, 100% das ações do BBSA, sendo 98,11% por meio de sua subsidiária integral CBP e 1,89% diretamente".

Sobre a "subsidiária integral", leciona Fábio Ulhôa Coelho:

> A incorporação é a operação pela qual uma sociedade absorve outra ou outras, as quais deixam de existir.
> (...)
> A incorporação não se confunde com a incorporação de ações, esta última uma operação disciplinada pelo art. 252 da LSA, referente à conversão de sociedade anônima em subsidiária integral. Na incorporação de ações, todas as ações do capital social de uma companhia são transferidas ao patrimônio de uma sociedade comercial, que passa à condição de sua única acionista (*Manual de direito comercial*. 13. ed., Saraiva, 2002).

Dessa forma, fica claro que, no vertente caso, ocorreu a incorporação de ações, e não a incorporação de sociedade, prevista no art. 219 da Lei 6.404/76, esta sim causa de extinção da companhia. Por conseguinte, forçoso concluir que o Banco Bandeirantes S.A. não foi extinto, quando da incorporação de suas ações, tratando-se de empresa distinta do Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., com personalidade jurídica própria.

Incabível, portanto, a inclusão deste no pólo passivo da ação em que o autor pretende o ressarcimento de prejuízos por atos por aquele praticados.

Em casos símiles, envolvendo as mesmas instituições bancárias, esta eg. Corte de Justiça já assentou:

> Ação de execução - Ilegitimidade passiva - Instituição bancária - Sucessão - Inocorrência - Desentranhamento dos documentos juntados com o recurso - Possibilidade. - Não há falar em legitimidade de instituição financeira para figurar no pólo passivo da demanda quando ela é mera acionista do banco com a qual o autor manteve vínculo obrigacional, já que esse último possui personalidade jurídica própria, atuando independentemente da entidade de quem é subsidiária integral. Cediço é que a juntada de documentos comprobatórios deve ocorrer na fase de instrução do processo, sendo possibilitada a sua juntada posterior apenas nos casos em que se tratar de documentos novos, existindo justo motivo pelo qual os mesmos não tenham sido apresentados no momento processual adequado, o que não ocorreu no caso em comento (Apelação Cível n° 1.0701.05.127726-0/001 - 14ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula - Belo Horizonte, j. em 10.8.2006).
>
> Responsabilidade civil. Ato culposo. Ilegitimidade passiva. Sucessão. - Se não houve fusão, transformação ou incorporação e o agente que praticou o suposto ato culposo continua a existir no mundo jurídico, ele é que deve figurar no pólo passivo e não terceiro, mesmo que dele tenha adquirido parte do pa-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 279

> trimônio (Apelação Cível nº 323.983-8 - 5ª Câmara Civil do TAMG - Rel. Armando Freire - Belo Horizonte, j. em 15.01.2001).

Ressalte-se que, nesse mesmo sentido, em votação unânime, decidiu esta 9ª Câmara Cível, enquanto ainda 1ª Câmara do extinto TAMG:

> Ação de indenização. Sociedade que incorporou as ações de outra. Personalidade jurídica distinta. Condenação em primeira instância de sociedade incorporadora de ações, que não é parte no processo. Ilegitimidade passiva. Cassação da sentença.
> - Há distinção entre incorporação de sociedade e incorporação de ações, sendo, que, no último caso, não há extinção de nenhuma das sociedades, permanecendo as duas com personalidade jurídica distinta.
> - Não pode a sentença condenar uma sociedade ao pagamento de indenização por dano moral, se a mesma não integra a relação processual, não figurando no pólo passivo da ação.
> - Nulidade da decisão (Apelação Cível nº 406.339-8 - Rel. Juiz Pedro Bernardes - Belo Horizonte, j. em 25.11. 2003).

Além do mais, outra não é a conclusão, ao se fazer uma interpretação sistemática do art. 206, I, *d*, e do art. 251, ambos da Lei 6.404/76, extraindo-se que a incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia, para convertê-la em subsidiária integral, não implica dissolução desta, que subsiste no mundo fático e jurídico.

Para fins de elucidação, transcrevo os dispositivos retromencionados:

> Art. 206. Dissolve-se a companhia:
> I - de pleno direito:
> (...)
> d) pela existência de um único acionista, verificada em assembléia geral ordinária, se o mínimo de dois não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no art. 251.
> (...)
> Seção V
> Subsidiária integral
> Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

Dessarte, como a relação negocial discutida nos autos foi celebrada entre a autora e o Banco Bandeirantes S.A., pessoa jurídica distinta do Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., impõe-se reconhecer a ilegitimidade passiva deste último.

Com tais considerações, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se o trabalho decisório de primeiro grau, por seus e por estes fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *José Antônio Braga e Generoso Filho.*

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO DECLARATÓRIA - INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - PASSAGEM AÉREA - VENDA - CARTÃO DE CRÉDITO - ASSINATURA EM ARQUIVO - IRREGULARIDADE - CANCELAMENTO PELA OPERADORA - AGÊNCIA DE TURISMO - RESPONSABILIDADE

Ementa: Ação declaratória de inexistência de débito. Venda de passagens aéreas mediante cartão de crédito. Assinatura em arquivo. Irregularidade na transação. Responsabilidade da agência de turismo.

- A modalidade de venda por cartão de crédito através de "assinatura em arquivo" permite ao

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 280

consumidor adquirir produtos e serviços por telefone, não se fazendo necessária a sua presença no ato da compra.

- A agência de turismo, ao dispensar a apresentação do cartão e dos documentos do consumidor no ato da venda, filiando-se voluntariamente ao sistema de medição de vendas por cartão de crédito através de "assinatura em arquivo", com o intuito de incrementar suas atividades e permitir a ampliação de seus lucros, assume o risco do negócio, devendo arcar com as conseqüências advindas de uma possível transação irregular.

Recurso improvido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0707.03.069450-9/001 - Comarca de Varginha - Apelante: Gazola Pinto Agência de Viagem e Turismo Ltda. - Apelada: Redecard S.A., Vasp - Viação Aérea São Paulo S.A. - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2007. - *Wagner Wilson* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela primeira apelada, o Dr. Eduardo Câmara Lopes.

O Sr. Des. Wagner Wilson - Recurso de apelação interposto por Gazola Pinto Agência de Viagem e Turismo Ltda. contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Varginha, que reconheceu a ilegitimidade passiva ad causam da ré Redecard S.A e julgou improcedentes os pedidos formulados pela apelante na ação cautelar e na ação declaratória de inexistência de débito por ela ajuizada em face da Vasp - Viação Aérea São Paulo S.A.

Sustentou a apelante a legitimidade da ré Redecard para figurar no pólo passivo da lide, ao argumento de que essa empresa autorizou a venda das passagens aéreas ao Sr. Antônio Anderson de Amaral Gurgel por meio de cartão de crédito, devendo, pois, responder integralmente pelo débito que ora lhe é cobrado pela Vasp.

No mérito, asseverou ter tomado todos os cuidados para efetivar a venda das passagens aéreas mediante assinatura em arquivo, tendo a Redecard autorizado a compra e, posteriormente, cancelando-a, ao simples argumento de que o cartão de crédito utilizado na operação havia sido emitido no exterior.

Alegou que as cláusulas contratuais invocadas pelo il. Magistrado não se aplicam ao presente caso, uma vez que não se referem à modalidade "assinatura em arquivo", procedimento que fora utilizado na transação comercial noticiada nos autos.

Insurgiu-se contra a distribuição dos ônus sucumbenciais fixada na decisão de primeira instância, uma vez que o julgador *a quo* determinou o pagamento de verba honorária a cada um dos procuradores das rés, o que não se pode conceber.

Pugnou pelo provimento do recurso, com a reforma da sentença recorrida.

Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

I - Preliminar.

Da legitimidade *ad causam* da ré Redecard S.A.

Quanto à legitimidade da ré Redecard para figurar no pólo passivo da lide, tenho que razão não assiste à apelante.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 281

É que tal qual exposto pelo Julgador de primeiro grau não vislumbro qualquer relação jurídica firmada entre a autora, ora apelante, e a ré Redecard S.A. De fato, o contrato de adesão e credenciamento de estabelecimento ao sistema Redecard foi firmado entre esta empresa e a Vasp, agindo a autora como mera representante da Vasp nas vendas de passagens áreas, o que é confirmado pela documentação acostada aos autos.

Nota-se, ainda, que a Redecard cobrou o débito relativo à venda das passagens aéreas diretamente da Vasp, que, por sua vez, pleiteou o respectivo pagamento junto à autora, fato que ensejou a propositura da presente ação declaratória de inexistência de débito.

Dessa forma, não restando evidente a relação jurídica material havida entre a autora e a Redecard, é de se reconhecer a sua ilegitimidade para compor o pólo passivo da demanda.

Preliminar rejeitada.

II - Mérito.

Da análise dos autos, vê-se que a apelante Gazola Pinto Agência de Viagem e Turismo Ltda. agia como representante da ré Vasp, emitindo passagens aéreas mediante o pagamento de comissão. Por sua vez, a Vasp autorizou a apelante a se valer do seu credenciamento junto à Redecard, para que a venda das passagens pudesse ser realizada mediante utilização de cartão de crédito.

Nesse contexto, a apelante, ao se utilizar do credenciamento da Vasp junto à Redecard, procedendo à venda de bilhetes em nome da companhia aérea, sujeita-se ao contrato firmado entre aquelas empresas, sendo necessária a observação das disposições inseridas no pacto para o sucesso dos negócios realizados.

In casu, a venda de passagens áreas pela apelante se deu por cartão de crédito através de “assinatura em arquivo”, modalidade de venda que permite ao consumidor adquirir produtos e serviços por telefone, não se fazendo necessária a sua presença no ato da compra.

No entanto, para a viabilidade desse procedimento, as empresas autorizadas devem se cercar de cuidados e exigências, para que não venham a suportar prejuízos futuros, em caso de não-reconhecimento do débito por parte da administradora dos cartões.

Na hipótese em comento, a Redecard procedeu ao cancelamento da autorização que havia concedido para a efetivação da venda, visto que o cartão de crédito utilizado na transação havia sido emitido no exterior, tendo sido a validade do negócio contestada pelo portador do cartão.

Apesar de a agência de turismo afirmar que tomou todas as precauções possíveis a fim de se certificar da validade da operação, tal alegação, por si só, não é capaz de afastar sua responsabilidade pelos prejuízos decorrentes da venda em exame.

Isso porque, com o intuito de incrementar suas atividades e permitir a ampliação de seus lucros, a apelante filiou-se voluntariamente ao sistema de medição de vendas por cartão de crédito através de “assinatura em arquivo”, nos termos previstos pelo anexo IV do contrato juntado às f. 139/142 da ação cautelar, possibilitando a aquisição de seus produtos por telefone, sem exigir, em contrapartida, a presença física do comprador e do cartão.

Ao dispensar a apresentação do cartão e dos documentos do consumidor no ato da venda, assumiu a apelante o risco advindo de uma possível transação irregular, que, nesse caso, conforme salientado pelo Magistrado *a quo*, é muito superior ao das operações comuns, por ser muito mais difícil examinar com afinco a idoneidade do negócio realizado.

Das correspondências enviadas à Vasp, nota-se que a apelante cogitou da possibilidade de ter havido a clonagem do referido cartão de crédito, tendo em vista o volume de bilhetes comprado em nome do portador do cartão.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 282

Ainda que considerássemos tal hipótese, a cláusula nona do citado contrato autoriza a Redecard cancelar a transação, mesmo no caso de já ter sido concedido o código de autorização, se for constatada a ocorrência de irregularidades ou fraudes, ou, ainda, o não-cumprimento, pelo estabelecimento, das normas e condições do acordo.

Assim, ante a constatação de irregularidade na transação realizada pela apelante, agiu bem a Redecard ao não concordar com o pagamento do débito dela originado, não vingando a assertiva de que deveria assumir a responsabilidade pela utilização irregular do cartão, já que é do fornecedor do produto a obrigação de sua conferência no ato da venda.

Diante do exposto, tenho que a pretensão da apelante de ver declarado indevido o débito que lhe é imputado pela Vasp não merece prosperar, pelo que deverá ser mantida a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

Quanto aos ônus sucumbenciais, assim se pronunciou o julgador de primeira instância: "Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que, a teor do que dispõe o § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, fixo em 15% sobre o valor dado à causa, atualizada, para cada um dos procuradores das co-rés".

Alega a apelante que o Julgador fixou o percentual de 15% sobre o valor da causa para cada um dos patronos das rés a título de honorários, significando que deveria despender a quantia de R$ 39.750,00 (trinta e nove mil e setecentos e cinqüenta reais) para compensar o trabalho dos 53 procuradores que atuaram no feito.

Quanto a essa questão, vislumbro que a apelante interpretou equivocadamente o exposto no julgado, porquanto o MM. Juiz fixou a quantia correspondente a 15% sobre o valor dado à causa para os procuradores da ré Vasp.

Com essas considerações, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a decisão hostilizada.

Custas, pela apelante.

O Sr. Des. Bitencourt Marcondes - De acordo.

O Sr. Des. Mota e Silva - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DESPEJO - ARRENDAMENTO RURAL - APELAÇÃO - EFEITOS - ART. 107, § 1º, DA LEI 4.504/64 (ESTATUTO DA TERRA) - REVOGAÇÃO PELO ART. 520 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ementa: Processual civil. Agravo de instrumento. Ação de despejo. Arrendamento rural. Apelação. Efeitos. Art. 107, § 1º, do Estatuto da Terra, revogado pelo art. 520 do CPC.

- A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem reconhecido que, independentemente do rito adotado nas ações derivadas de contrato de arrendamento rural, ao recurso de apelação deve ser sempre atribuído efeito suspensivo, pela aplicação do superveniente art. 520 do atual CPC, não mais vigendo o dispositivo do art. 107, § 1º, do Estatuto da Terra.

AGRAVO N° 1.0701.04.071281-5/001 - Comarca de Uberaba - Agravante: Luiz Roberto Rezende - Agravado: Antônio Fernandes de Souza - Relator: Des. IRMAR FERREIRA CAMPOS

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 283

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, 31 de maio de 2007. - *Irmar Ferreira Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral pelo agravado o Dr. Raimundo Cândido Júnior.

O Sr. Des. Irmar Ferreira Campos - Cuidam os autos de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, interposto por Luiz Roberto Rezende contra a decisão vista em cópia de f. 64/65-TJ, que, nos autos da ação de despejo ajuizada por Antônio Fernandes de Souza, recebeu o recurso de apelação interposto pelo agravante apenas no efeito devolutivo.

O agravante sustenta que o art. 107, § 1º, do Estatuto da Terra, utilizado na fundamentação da decisão agravada, teria sido revogado pelo art. 520 do CPC, em função do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com isso, alega que o recurso contra a sentença proferida em ação de despejo não se enquadraria nas exceções à concessão do efeito suspensivo à apelação, elencadas nos incisos I a VII do referido art. 520, devendo seu recurso, portanto, ser recebido em ambos os efeitos.

Assevera, também, a ausência de fundamento na referida decisão objurgada, ao considerar que "no cumprimento de sentença se torna uma faculdade conferida ao julgador no que tange à atribuição da suspensividade desde que se comprove grave dano de difícil ou incerta reparação", aduzindo que o Juízo *a quo* não poderia determinar, de ofício, o imediato cumprimento da sentença, sem que a parte interessada tivesse requerido a execução provisória.

Alega, ainda, que a determinação de expedição do mandado de despejo, em eventual execução provisória de sentença, depende de prestação de caução suficiente e idônea, não podendo ser procedida ao livre arbítrio do juiz.

Requer a atribuição de efeito ativo ao recurso, para que seja determinado o cancelamento do mandado de despejo expedido e, caso já tenha sido o mesmo cumprido, seja o agravante restituído na posse do imóvel.

Ao final, pugna pelo provimento do agravo, para que seja reformada a r. decisão, devendo o recurso de apelação ser recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Recurso recebido e conhecido, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

O Desembargador plantonista, em decisão proferida às f. 74/75-TJ, deferiu o pedido de antecipação de tutela, determinando o recebimento da apelação interposta pelo agravante, em ambos os efeitos.

Informações prestadas pela MM. Juíza de primeira instância às f. 84/85-TJ.

Contraminuta às f. 106/145-TJ, em que o agravado requer a revogação da decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela recursal, ante a ocorrência de fato superveniente, qual seja o vencimento do contrato de arrendamento no dia 30.03.2007, acompanhado de notificação com antecedência superior a seis meses, bem como em virtude da supremacia do interesse social da terra, ou mesmo em virtude de o agravado já ter sido imitido na posse do bem imóvel, cessando, com isso, o receio de dano grave e de difícil reparação. Alternativamente, pugna seja negado seguimento ao recurso, por restar o mesmo prejudicado pela perda do objeto, ou, ainda, que seja negado provimento ao agravo, mantendo-se irretocável a decisão recorrida.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 284

É o relatório.

Inicialmente, cumpre salientar que, em que pesem as alegações do agravado, não há que se falar em ocorrência de fato superveniente, tal como previsto no art. 462 do CPC.

Isso porque, como se denota dos autos, a discussão a que se presta a ação de despejo ajuizada pelo agravado tem como causa de pedir a decretação do despejo do agravante, em razão do descumprimento de cláusulas contratuais de conservação do imóvel. Não se trata, portanto, de pedido de despejo em função do vencimento do contrato.

Assim sendo, o recurso de apelação do agravante visa à reforma da sentença que julgou procedente a ação de despejo, ante a demonstração de que o arrendatário não teria agido em desconformidade com o contrato de arrendamento em questão. A superveniência do término do contrato, portanto, não diz respeito ao fundamento do pedido, não podendo ensejar a perda do objeto.

Em análise do mérito do agravo, então, entendo que assiste razão ao recorrente.

Cinge-se o objeto do presente recurso acerca da possibilidade de se conceder efeito suspensivo à apelação interposta contra sentença proferida em ação de despejo ajuizada em virtude de descumprimento de contrato de arrendamento rural existente entre as partes.

É certo, portanto, que o § 1º do art. 107 do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64) assim dispõe:

> Art. 107 - Os litígios judiciais entre proprietários e arrendatários rurais obedecerão ao rito processual previsto pelo art. 685 do Código de Processo Civil.
> § 1º - Não terão efeito suspensivo os recursos interpostos quanto às decisões proferidas nos processos de que trata o presente artigo.

Contudo, a jurisprudência pátria tem reconhecido que, independentemente do rito adotado nas ações derivadas de contrato de arrendamento rural, ao recurso de apelação deve ser sempre atribuído efeito suspensivo, pela aplicação do superveniente art. 520 do atual CPC, o qual prevê a incidência de tal efeito como regra, afastando-a apenas nos casos excepcionais que elenca.

Isso porque, em função do contido no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, deve ser aplicada a regra de que a lei posterior revoga a lei anterior quando regula inteiramente a matéria de que tratava esta última.

Sendo assim, de acordo com a regra geral contida no art. 520 do CPC:

> A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:
> I - homologar a divisão ou a demarcação;
> II - condenar à prestação de alimentos;
> III - julgar a liquidação de sentença;
> IV - decidir o processo cautelar;
> V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;
> VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem;
> VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

Como ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentários ao art. 520 retrocitado, "por ser matéria de restrição de direitos, a exceção mencionada na segunda parte do *caput* deve ser interpretada de forma estrita" (in *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 748). Trata-se, portanto, de rol taxativo, não podendo ser abarcado por aquelas situações que não se enquadram nos incisos do art. 520 do CPC.

No caso em tela, não prevê o referido dispositivo, dentre suas exceções, o recurso interposto na ação de despejo, ainda que se trate de litígio entre proprietário e arrendatário rural. Desse modo, deve ser o recurso de apelação interposto pelo agravante recebido em ambos os efeitos, por inexistir regra que disponha de modo contrário.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 285

Sobre a questão, o VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, realizado nesta Capital em 1983, aprovou a conclusão de nº 54, que ficou assim redigida:

> Nas causas sob procedimento sumaríssimo do art. 107, § 1º, do Estatuto da Terra, o recurso deve ser recebido em ambos os efeitos, por força da sistemática do atual Código de Processo Civil (Anais do VI Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, Belo Horizonte: Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 1984, p. 178).

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Arrendamento rural. Ação de despejo. Apelação. Efeitos. Mandado de segurança impetrado com o objetivo de emprestar efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do dano irreparável, é de conceder-se a segurança para emprestar efeito suspensivo ao agravo interposto. Precedente do STJ quanto à revogação do art. 107, § 1º, do Estatuto da Terra em face da sistemática do Código de Processo Civil. Recurso ordinário provido (4ª Turma, ROMS 3705-MS, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 17.05.94).
>
> Processo civil. Despejo de imóvel rural. Apelação. Efeitos. Art. 107, § 1º, do Estatuto da Terra (Lei nº 4504/64). Art. 520, CPC. Conclusão nº 54 do 'VI Enta'. Recurso provido. Como assentou o 'VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada' (Conclusão nº 54, Belo Horizonte, 1983), nas causas sob procedimento sumaríssimo do art. 107, § 1º, do Estatuto da Terra, o recurso deve ser recebido em ambos os efeitos, por força da sistemática do atual Código de Processo Civil (4ª Turma, ROMS 3268-MS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 29.03.94).

Dessarte, merece reparo a decisão agravada, pois não mais vige o dispositivo do Estatuto da Terra que atribuía efeito meramente devolutivo à apelação nas ações fundadas em contrato de arrendamento rural.

Ressalte-se, a título de esclarecimento, que o efeito suspensivo aqui concedido se correlaciona com fato diverso do exaurimento do contrato. Caso o agravado considere ter direito à imissão em razão de tal exaurimento, isso é questão de que não cuida este agravo e deverá ser decidida em outro sítio.

Mediante tais considerações, dou provimento ao presente agravo de instrumento, para reformar a decisão objurgada, recebendo a apelação interposta pelo agravante nos efeitos suspensivo e devolutivo.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Luciano Pinto - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - MUNICÍPIO - ENSINO PÚBLICO - DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE OBRA LITERÁRIA - PRECONCEITO DE RELIGIÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - RECOLHIMENTO DE EXEMPLARES - ESCRITOR - LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - CONFLITO - PONDERAÇÃO AXIOLÓGICA - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - ESTADO LAICO - LIBERDADE DE CRENÇA - PREVALÊNCIA - CENSURA - NÃO-OCORRÊNCIA - DENEGAÇÃO DA ORDEM

Ementa: Direito constitucional. Mandado de segurança. Conflito entre princípios constitucionais. Liberdade de expressão. Liberdade de crença. Estado laico. Técnica da ponderação de valores.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 286

- Em razão do princípio da unidade da Constituição, o intérprete, ao deparar, em um caso concreto, com a existência de dois ou mais direitos fundamentais que, se aplicados de maneira ampla e integral, promoveriam soluções contrárias à demanda, deve lançar mão da técnica da ponderação de valores, de modo a aplicar aquele que preserve o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando um juízo apto a tornar prevalente aquele que importe a menor lesão ao outro, sem, contudo, extirpá-lo ou esvaziá-lo em seu sentido.

- Termo de ajustamento de conduta firmado entre o MPMG e o Município para o recolhimento de livro distribuído aos alunos da rede municipal de ensino, sob o argumento de o mesmo discriminar determinada crença.

- Mitigação do direito do autor em detrimento do direito à liberdade de crença religiosa e o princípio da laicidade do Estado.

- Conclusão razoável e menos gravosa, na medida em que se beneficia uma ampla gama de pessoas que se sentiram lesadas pelo ato de distribuição da obra literária.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.06.073260-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda do Município e Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Tarcísio Alves Júnior - Autoridade coatora: Secretário da Educação do Município de Belo Horizonte - 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 a sentença, no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2007. - *Maria Elza* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Tarcísio Alves Júnior contra ato reputado ilegal praticado pela Secretária Municipal de Educação de Belo Horizonte e por Promotor de Justiça da Capital, que, mediante termo de ajustamento de conduta firmado entre as duas autoridades, determinou o recolhimento dos exemplares de livro de autoria do impetrante, distribuído gratuitamente pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte aos alunos da rede municipal de ensino.

Na inicial, alegou o impetrante que a Administração Pública do Município de Belo Horizonte teria adquirido 8.890 exemplares do livro Alto Vera Cruz - A história de Cassandra, de sua autoria, para serem distribuídos aos alunos do ensino fundamental no ano de 2006. Asseverou que, após manifestações contrárias de associações denominadas "Centro Nacional de Africanidades e Resistência Afro-Brasileira" e "Movimento Negro Unificado", foi firmado um termo de ajustamento de conduta entre a Secretaria Municipal de Educação e o Ministério Público Estadual que resultou no compromisso de a Prefeitura Municipal requisitar aos diretores das escolas estaduais a devolução de todos os exemplares do mencionado livro, no prazo de sessenta dias. Sustentou que, por uma errônea interpretação do livro, o ato administrativo teria ferido diversos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, qualificando o ocorrido como um ato de censura, pedindo pela concessão da ordem para que fosse anulado o ato hostilizado.

A sentença de f. 49/56-TJ concedeu a ordem pleiteada, para declarar a nulidade do termo de compromisso firmado entre as autori-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 287

dades, por entender que o ato de recolhimento dos livros, tal como ocorrido, conflitaria com o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional por ferir, "via transversa e de modo antidemocrático, uma série de liberdades e garantias públicas com ele incompatíveis".

Inconformado com a decisão, interpõe recurso de apelação o Ministério Público estadual. Pauta o apelo, em síntese, nos princípios constitucionais da liberdade de crença religiosa e do Estado laico. Afirma que a obra distribuída pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte estaria impregnada de afirmativas preconceituosas e discriminatórias contra as religiões de matriz africana e, por se tratar de ato patrocinado pelo ente municipal, a distribuição do livro esbarraria na laicidade do Estado brasileiro; que estaria, ainda, ferindo o princípio da liberdade de crença religiosa. Afirmando a função do Ministério Público de zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados pela Constituição da República, entende que não haveria como inquinar de vício o termo de ajustamento de conduta firmado. Pede, por fim, pela reforma da sentença e conseqüente denegação da ordem pleiteada, por entender ausente qualquer lesão a direito líquido e certo do recorrido.

Contra-razões ao recurso de apelação apresentadas às f. 96/99-TJ, em que se pede pela confirmação da sentença.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às f. 106/115-TJ, opinando, preliminarmente, pela ilegitimidade do impetrante e pela nulidade da sentença; e no mérito, pelo provimento do recurso.

Eis o relato dos fatos relevantes. Passa-se a decidir.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso de apelação, assim como da remessa oficial, nos termos do disposto pelo art. 12 da Lei 1.533/51.

Nos termos do que foi relatado, trata a espécie de ação de mandado de segurança em que o impetrante busca a anulação de ato conjunto formulado pelo Ministério Público estadual e pelo Município de Belo Horizonte - atuando este através da Secretaria Municipal de Educação -, caracterizado pela ordem de recolhimento de exemplares de livro de sua autoria, adquiridos pela Administração Pública municipal e gratuitamente distribuídos aos alunos da rede municipal de ensino. Sustenta o autor que a conduta seria vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, por importar um verdadeiro ato de censura, em franco atentado ao direito à liberdade de expressão.

Por sua vez, a autoridade apontada como coatora defende o ato ao argumento do princípio do Estado laico firmado pela Constituição da República, assim como no respeito à liberdade de crença.

A sentença proferida pelo Juízo *a quo* concedeu a ordem pleiteada, porém, por motivos alheios aos alegados pelas partes. Conquanto tenha entendido a necessidade de o ente federado observar e impedir qualquer tipo de distorção a determinada crença religiosa, sobretudo ao indicar e distribuir livros aos alunos das escolas municipais, sustentou que o ato impugnado, na forma em que ocorreu, implicaria ofensa à prerrogativa de liberdade didático-pedagógica, na medida em que não foram ouvidos os órgãos de representação dos docentes e discentes.

Primeiramente, conquanto assim se tenha manifestado o douto Procurador de Justiça, tenho que as preliminares suscitadas não merecem prosperar. A legitimidade do impetrante é patente, uma vez que o ato impugnado o atingiu diretamente, na qualidade de autor do livro recolhido. Quanto à suposta nulidade da sentença, certo é que o provimento jurisdicional deve guardar relação de correspondência com os fundamentos de fato contidos na petição inicial. Significa isso dizer que o juiz está atrelado apenas aos fatos narrados na inicial, sendo que os fundamentos jurídicos do pedido não vinculam o juiz em decorrência da adoção, pelo ordenamento jurídico pátrio, da teoria da substanciação.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 288

Superadas, pois, as preliminares levantadas, passa-se ao julgamento do mérito do recurso.

O mandado de segurança é ação constitucional (art. 5º, LXIX, CRFB) que garante à sociedade a sua impetração para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Para a doutrina pátria:

> O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 153).
>
> Ele será emitido para proteger direito líquido e certo. Se não houver tal direito a ser protegido ou segurado, não tem razão para o mandado e, desse modo, não deve ele ser outorgado. A proteção de direito líquido e certo constitui-se, pois, em: a) finalidade do mandado de segurança e b) razão de ser o mesmo pleiteado e concedido. Daí desdobrar-se nos aspectos: a) de fundamento ou requisito básico para o exercício da ação de mandado de segurança e b) de fundamento da sentença mandamental de segurança (PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 112).

Nesses termos, compete ao impetrante, para fins de ser concedida a segurança, demonstrar o seu direito líquido e certo e a ilegalidade ou o abuso de poder praticado por autoridade ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

In casu, o impetrante, na qualidade de autor de livro tachado pelas autoridades apontadas de discriminatório e atentatório a determinada religião de matriz africana, sustenta que o ato de devolução dos livros caracterizaria ato de censura, em clara ofensa ao seu direito à livre manifestação de pensamento, assim como ao devido processo legal.

Certo é que vivemos em uma fase histórica do Direito em que resta patente a ascensão dos princípios, estando eles dotados de alta carga axiológica e dimensão ética, aos quais os intérpretes têm atribuído ampla eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. E, ao contrário das regras, que normalmente expressam relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações, os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados, sem especificar, portanto, a conduta a ser seguida.

É o que leciona o eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso ao analisar o papel do intérprete do direito diante de tal quadro em que vige o alto grau de aplicabilidade dos princípios, no qual se mostra inadequado o método tradicional de aplicação do Direito pelo qual se realiza uma subsunção do fato à norma e se pronuncia a conclusão. Em suas palavras:

> A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico - o subsuntivo, fundado na aplicação de regras - nem dos elementos tradicionais de hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.(...)
> Princípios (...) expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam, portanto, 'estados ideais', sem especificar a conduta a ser seguida. A atividade do intérprete aqui será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar. E mais, em uma ordem democrática, princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 289

> portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato (*Temas de direito constitucional*. Tomo III. São Paulo: Renovar, 2005, p. 81-83).

E os direitos e garantias fundamentais, cuja proteção foi destacada pela Constituição da República, têm as mesmas características dos princípios, na medida em que atuam como uma forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Como tais, encontram-se eventualmente em colisão com os demais princípios constitucionais e também com os próprios direitos fundamentais, em razão do pluralismo vigente em uma sociedade democrática, em que são preservados diversos interesses e valores.

Em razão do princípio da unidade da Constituição, inexistindo hierarquia entre os diversos princípios constitucionais, o intérprete, ao deparar em um caso concreto com a existência de dois ou mais direitos fundamentais que, se aplicados de maneira ampla e integral, mostram-se contrários à solução da demanda, deve lançar mão do método da ponderação de interesses, de modo a aplicar aquele princípio preservando o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando um juízo apto a tornar prevalente aquele que importe em menor lesão ao outro, sem, contudo, extirpá-lo ou esvaziá-lo em seu sentido.

A propósito, o voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 3.540/DF, pautado em abalizada doutrina (*DJ* de 03.02.2006):

> Isso significa, portanto, Senhor Presidente, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e tribunais) ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto - tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos (SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, 2000, p. 193-203, Conclusão, itens 1 e 2; BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional.* Renovar, 2001, p. 363-366; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Almedina, item nº 2, 1987, p. 220-224; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed., Almedina, item nº 3, 1991, p. 661; FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos. Fabris Editor; item nº 8.3, 1996, p. 94-101; STEINMETZ, Wilson Antônio. C*olisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 139-172; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed., Brasília Jurídica, 2000, Conclusão, p. 216, *v.g.*) -, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente.

Isso demonstra a relatividade de todos os direitos fundamentais previstos, pois, diante do caso concreto, podem eles ceder espaço à aplicação de outro valor igualmente protegido pelo ordenamento jurídico, de acordo com a técnica da ponderação de interesses, a respeito da qual se manifesta Barroso:

> A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas (ob. cit., p. 91).

No campo dos princípios constitucionais/direitos fundamentais, encontram-se aqueles ligados à proteção da livre manifestação da atividade intelectual do indivíduo consubstanciado pela vedação a qualquer tipo de ato de censura ou licença (art. 5º, IX, CF), tratando-se de garantia à própria liberdade da pessoa como reflexo à proteção de sua personalidade.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 290

Por outro lado, cuidou a Constituição da República de consagrar a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI), bem como a própria laicidade dos entes políticos estatais, sendo vedada qualquer forma de o Poder Público subvencionar ou embaraçar cultos religiosos ou igrejas (art. 19, I). Ao Estado, por conseqüência, resta vedada qualquer forma de subvenção de crenças religiosas e, assim, do exercício de práticas discriminatórias a qualquer religião ou crença, de modo a ofender aqueles que nelas acreditam e a professam.

O caso em apreço demonstra a existência de colisão entre tais direitos. Por um lado o impetrante, na posição de autor do livro, sentiu-se lesado com o ato que determinou o imediato recolhimento dos exemplares distribuídos pelo Município de Belo Horizonte. Em posição oposta, o patrocínio estatal de lesão e discriminação à religião de matriz africana a que o Ministério Público estadual, ouvidas entidades interessadas, imputa ao livro disponibilizado aos alunos da rede fundamental de ensino.

Dessarte, sob o ato de recolhimento dos livros distribuídos podem incidir todas as normas mencionadas, apontando, porém, soluções distintas e contraditórias para um mesmo caso concreto.

Sob o prisma do impetrante, o ato impugnado, ao ocorrer sem que tenha sido dada a oportunidade para que dele participasse, implicou ofensa a seu direito a um devido processo legal, uma vez que o recolhimento do livro implicou, sim, ofensa a seu direito de autor, porquanto os exemplares adquiridos pela Municipalidade já haviam sido distribuídos aos alunos do ensino médio das escolas municipais.

Entretanto, no que concerne às alegações do *Parquet*, a distribuição pelo ente estatal de um livro que, ainda que em forma de ficção, atente contra qualquer tipo de religião ou crença, incutindo nas crianças que passam por processo de formação intelectual e moral idéias discriminatórias e preconceituosas, traduz ofensa, igualmente, aos direitos e princípios fundamentais mencionados. E, na hipótese, diante das alegações das associações ouvidas pelo Ministério Público (f. 13/14; 16/18; 24/26-TJ), nas quais demonstram a indignação com o livro, citando-se, inclusive, trechos de seu conteúdo, depreende-se que a obra tem, sim, força para atentar contra um grupo de pessoas e sua crença religiosa, ainda que este não tenha sido o intuito de seu autor.

Diante desse quadro de conflito, resta ao intérprete e aplicador do Direito, portanto, definir qual ou quais princípios deverão prevalecer sobre o caso em análise, através do exercício de um juízo de ponderação de valores, utilizando, para tanto, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade para chegar a uma solução adequada e justa ao caso concreto.

E, acerca do princípio da proporcionalidade como princípio de interpretação, a lição do mestre Paulo Bonavides:

> Contudo, situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico, se acham em antinomia têm revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade.
> Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma da Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais - todas se colocam no mesmo plano - chega-se de necessidade ao 'princípio da concordância prática', cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião (*Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 425-426).

E, diante do caso em apreço, sob um juízo de proporcionalidade, não há como inquinar de ilegal o ato impugnado, não se reconhecendo a existência de um direito líquido e certo do autor a ser amparado pela estreita via do *mandamus*.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 291

É louvável a conduta do Município de Belo Horizonte de incentivar a leitura através da distribuição de obras literárias aos alunos da Rede Municipal de Ensino. No entanto, tal prática deve se revestir de um grande cuidado na escolha do material a ser entregue. Diante da faixa etária atingida pela ação governamental - ensino fundamental -, os livros devem atuar no sentido de proporcionar a formação intelectual dos alunos, de modo a que aprendam a conviver em uma sociedade pluralista, pautada na diferença entre as pessoas que a integram, sem o menosprezo de qualquer convicção filosófica, religiosa ou política. O que deve ser incentivado através da educação - na qualidade de instrumento mais eficaz à promoção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito - é a inclusão social mediante o respeito às diversas crenças e credos, incutindo nos cidadãos a idéia de igualdade, ainda que diversas as opiniões, a origem, o sexo e classe social atribuída a cada indivíduo ou grupo de indivíduos, minando, assim, qualquer tipo de sentimento preconceituoso e discriminatório.

Nesse sentido, o direito do impetrante de ver sua obra distribuída a milhares de alunos municipais cede diante da defesa de interesses de uma ampla fração da sociedade que se sentiu ferida ao ver a fé que professa relacionada a rituais e atos de maldade e vingança. Lesado se torna o direito à liberdade de crença quando às crianças e adolescentes é promovida uma visão deturpada de determinada religião, sobretudo quando a prática ocorre com o aval e promoção do Estado, a quem incumbe isentar-se de qualquer ato que tenha o condão de menosprezar ou denegrir a imagem de determinada religião.

A interpretação das normas constitucionais deve ocorrer no sentido de garantir-lhes uma máxima eficácia em detrimento do menor sacrifício de outros direitos igualmente constitucionais. E prestigiar na hipótese o direito à liberdade de crença religiosa e o princípio da laicidade do Estado, em detrimento dos direitos do autor, apresenta-se como uma conclusão menos gravosa, na medida em que se beneficia uma ampla gama de pessoas que se sentiram lesadas pelo ato de distribuição da obra literária.

Por sua vez, vale frisar que o ato impugnado, ao contrário do que alega o impetrante, não importou em ato de censura por parte do Poder Público. A distribuição de sua obra não restou impedida pelo ato impugnado. O que buscou o termo de ajustamento de conduta firmado entre o Ministério Público estadual e a Prefeitura de Belo Horizonte foi o cancelamento da distribuição da obra pela Municipalidade. O ato hostilizado não interferiu sobre a edição e posterior distribuição do livro em regime privado, restando acordado apenas o recolhimento dos exemplares distribuídos às crianças pela Administração local. Ainda que o ato se tenha dado sem que o impetrante e demais órgãos e entidade ligados ao ensino tenham dele participado, a medida mostrou-se razoável em face dos valores lesados pela distribuição da obra. Utilizando-se um critério de ponderação, a conduta das autoridades apontadas mostrou-se proporcional ao prestigiar um valor coletivo à tolerância religiosa e ao respeito à dignidade de um grupo amplo de pessoas.

Diante de tal quadro em que se apresentam em conflito outros valores, ao impetrante não pode ser atribuído direito líquido e certo de impedir a devolução dos exemplares dos livros que foram distribuídos. A ele o ordenamento jurídico garante medidas outras para a reparação de eventual prejuízo sofrido, mostrando-se inadmissível o uso da tutela preventiva pleiteada apenas na defesa de um direito individual em oposição ao direito de toda a coletividade.

Assevere-se, por fim, que a questão em análise não se resume ao simples exercício, pelo Poder Público municipal, do poder discricionário inerente ao exercício da atividade administrativa. Mais do que à simples legalidade, em sua atuação está a Municipalidade sujeita à observância do princípio da juridicidade, este entendido como o dever do Estado de observar o ordenamento jurídico como um todo na realização de sua atividade, com respeito, sobretudo, dos princípios e das normas constitucionais. E por tal motivo seus atos devem respeitar os direitos e garantias dos ci-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 292

dadãos, tornando-se necessário o exercício, igualmente, de um juízo de proporcionalidade entre o resultado almejado e os meios utilizados na consecução de tal fim, sempre em vista de um juízo menos gravoso àqueles que porventura venham a suportar seus efeitos.

A ordem de devolução dos livros não é uma simples prerrogativa daquele ente que o distribuiu. Quando tal conduta importe lesão a direitos de outrem, deve a Administração Pública agir de maneira fundamentada, pautando os efeitos decorrentes de seus atos sempre no benefício de toda a coletividade, superando assim os prejuízos daqueles que sofrerão seus efeitos imediatos, sob pena de agir em franca arbitrariedade. É simplório o argumento apresentado de que o ato impugnado estaria respaldado no poder discricionário do Município de Belo Horizonte, estando a questão, como visto, traduzida no exercício de uma atividade de ponderação de interesses em vista à máxima aplicação do texto constitucional.

Dessarte, diante da análise do caso concreto, ponderando-se os valores constitucionais em conflito, imperiosa se torna a negativa da ordem pleiteada, mantendo-se o ato impugnado diante de sua razoabilidade.

Diante do exposto, com respaldo no princípio da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição Brasileira) e no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil), em reexame necessário, reforma-se a sentença, para que seja denegada a ordem pleiteada pela ausência de lesão a direito líquido e certo a ser atribuído ao impetrante, mantendo-se os efeitos do ato questionado.

Prejudicado o recurso de apelação.

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar, impetrado por Tarcísio Alves Júnior contra ato reputado ilegal, praticado pela Secretária Municipal de Educação de Belo Horizonte e pelo Promotor de Justiça de Belo Horizonte, o qual determinou, em cumprimento ao termo de ajustamento de conduta (TAC) firmado, o recolhimento dos exemplares de livro de autoria do impetrante, distribuídos gratuitamente pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte aos alunos da rede de ensino municipal.

O Juízo *a quo* declarou a nulidade do TAC e, em conseqüência, concedeu a ordem, por entender que o ato impugnado afrontaria, "via transversa e de modo antidemocrático, uma série de liberdades e garantias públicas com ele incompatíveis", ensejando o inconformismo do Ministério Público estadual, sendo que a douta Procuradoria-Geral de Justiça, preliminarmente, argúi a ilegitimidade do impetrante, que contra-arrazoou o recurso, em óbvia infirmação.

Ouso, todavia, e sob vênia, acrescer modestas considerações ao judicioso voto proferido pela eminente Relatora, Desembargadora Maria Elza, cujo conteúdo revela prudência e sensatez jurídico-constitucional.

Não se vislumbra na espécie a alegada carência de ação, pois aflora a *legitimatio ad causam* do impetrante, que teve, sob sua ótica, preterido o seu direito líquido e certo, pois foram recolhidos os exemplares de livros de sua autoria, distribuídos pela Municipalidade à rede de ensino fundamental, sob argumento de conter preleções preconceituosas e discriminatórias, importando, segundo ele, em manifesto atentado ao direito à liberdade de expressão.

Ressai, pois, evidente, esse requisito-meio, porque o impetrante fora alcançado - direta e especialmente - pelo ato reputado ilegal, não se podendo olvidar que "legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito", cabendo a legitimação ativa "ao titular do interesse afirmado na pretensão", como bem ensina Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil*. 41. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 57).

Ademais, impõe-se a análise do *writ* com amplitude visionária constitucional, porque se trata de "garantia de dignidade constitucional,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 293

não podendo o seu curso em juízo ser obstaculizado por meras exigências de forma, desprovidas de relevância e essencialidade" (TRF, 1ª R., AMS 93.01.30477-5, Rel. Juiz Vicente Leal, *DJU* de 05.05.2004, p. 20794), razão por que se impõe a rejeição da preliminar, *data venia*.

O mandado de segurança tem por escopo a instrumentalização do Judiciário "na luta contra a ilegalidade ou abuso de poder cometidos por autoridades públicas ou agentes de pessoas jurídicas, no exercício de suas atribuições diárias" (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 300, art. 5°, LXIX: nota 4, em parte).

O cerne do conflito cinge-se, basicamente, em aparente choque de princípios constitucionais.

Os argumentos do impetrante, sinoticamente, têm lastro na ofensa ao seu direito à livre manifestação de pensamento, cujo ato traduziria verdadeiro ato de censura; os do impetrado, na vedação à discriminação religiosa, porque a obra seria atentatória, ainda que involuntariamente, a determinada religião.

Têm berço constitucional os direitos (fundamentais) que balizam a discussão, pois é livre a manifestação do pensamento e da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura, bem como é inviolável a liberdade de consciência e de crença (CF, art. 5°, IV, VI e IX).

Os direitos fundamentais, de caráter principiológico, não digladiam entre si, harmonizam-se em prol da pacificação social, conformando-se à concretude da situação fático-jurídica que buscam nortear, medida que não tem condão revocatório ou de desvalia, pois há mero recuo de um dos princípios, sopesado o caso concreto, sem, contudo, invalidar-se, dando-se ênfase à ponderação e à proporcionalidade, cujo princípio trata daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência - fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abastratas (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 395).

O conflito de regras resolve-se pelo critério de validade; o de princípios, pelo da valoração, porque fazem eles (os princípios)

> a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição (*op. cit.*, p. 265).

O juiz, ao aplicar a lei, deve ater-se aos fins sociais a que a norma se destina e às exigências do bem comum (LICC, art. 5°). O descuramento dessa norma de sobredireito, que revela interpretação teleológica (ou sociológica), conduz ao inadmissível distanciamento entre a Justiça e o Direito.

A espécie exige, ainda, análise diferenciada, pois os destinatários da distribuição do livro de autoria do impetrante são crianças e adolescentes do ensino fundamental, que se encontram na fase de amadurecimento psicossocial, cuja formação deve ser balizada pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana - que abomina quaisquer formas de discriminação - visto configurar um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito (CF, arts. 1°, III, e 3°, IV).

Esse público alvo diferenciado goza de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, assegurando-se às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, por lei

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 294

ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, "a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade" (ECA, arts. 3° e 4°).

Cabe ao Judiciário, em casos desse jaez, adotar os princípios da ponderação, da razoabilidade e da proporcionalidade - além do da garantia com prioridade absoluta - a fim de que tais garantias, de berço constitucional, sejam aprumadas com retidão e dignidade, mediante efetiva e justa tutela jurisdicional.

Acompanho, pois, na íntegra, o voto proferido pela Relatora, Desembargadora Maria Elza.

É como voto.

O Sr. Des. Mauro Soares de Freitas - De acordo.

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

-:::-

EMBARGOS DE TERCEIRO - LOCAÇÃO - FIANÇA - IMÓVEL DO FIADOR - BEM DE FAMÍLIA - PENHORA - POSSIBILIDADE - ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90 - APLICABILIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA - CÔNJUGE - PRODUTO DA ARREMATAÇÃO - RESSALVA DA MEAÇÃO

Ementa: Civil. Apelação. Embargos de terceiro. Execução provisória. Fiança locatícia. Penhorabilidade do bem do fiador. Exceção prevista na Lei 8.009/90. Possibilidade. Ressalva da meação do cônjuge. Produto da arrematação. Sentença mantida.

- O art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 autoriza a penhora de bem de família para pagamento de obrigação decorrente de fiança outorgada em contrato de locação. Sendo o livre arbítrio garantido pela Carta Magna de 1988, aquele que opta por ser fiador deve assumir os riscos decorrentes dessa opção, dentre eles, o de vir a suportar o pagamento de dívidas locatícias com a penhora do bem de família. Da meação do cônjuge incide a ressalva, quando da penhora, sobre o produto da arrematação.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.06.091097-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Hailton Aloise - Apelado: Alberto Levy Amiel - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2007. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino - Trata-se de embargos de terceiro opostos por Hailton Aloise em face de Alberto Levy Amiel e outros, em decorrência de execução provisória ajuizada por estes contra Maria Célia Feitosa Aloise, esposa do embargante, e outros, esta na qualidade de fiadora no contrato de locação celebrado entre o embargado e Antônio de Freitas Coelho. Alega o embargante não ser fiador de referido contrato, tendo sido intimado

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 295

do arresto da totalidade do imóvel em que residem. Afirma ter direito à meação do referido bem, já que não se obrigou e que dito imóvel é bem de família, portanto, impenhorável. Requereu a suspensão do arresto que recai sobre o bem impenhorável, a suspensão da execução e que lhe sejam deferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O MM. Juiz, à f. 10, recebeu os embargos e determinou a suspensão da execução, deferindo ao embargante a assistência judiciária gratuita.

Devidamente citado, o embargado apresentou contestação, às f. 11/15, suscitando, preliminarmente, ilegitimidade ativa do embargante por não existir nenhum documento ou instrumento capaz de demonstrar a união entre este e a executada, impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o embargante teria direito apenas à sua meação, e por não ter havido ainda a penhora, mas somente o arresto. No mérito, alega desconhecimento do regime de comunhão de bens entre o embargante e a executada, aduzindo que o bem não é impenhorável em face da ressalva contida no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, tratando-se de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

O embargante, às f. 23/25, apresentou impugnação à contestação, ratificando os termos contidos na inicial, requerendo sejam os embargos julgados procedentes.

O MM. Juiz, às f. 54/58, prolatou sentença, rejeitando as preliminares suscitadas pelo embargado, entendendo não ser o embargante parte no feito, razão pela qual podia e devia defender sua meação em face do regime de comunhão universal sob o qual casou com a executada. Entendeu ser presumível, a partir da execução decorrente de fiança prestada pela esposa a terceira pessoa, que a dívida em nada beneficiou o casal, invertendo, pois, o ônus probatório, que passou a ficar a cargo do embargado, entendendo não ser o embargante parte no feito, razão pela qual podia e devia defender sua meação em face do regime de comunhão universal sob o qual casou com a executada. Entendeu ser presumível, a partir da execução decorrente de fiança prestada pela esposa a terceira pessoa, que a dívida em nada beneficiou o casal, invertendo, pois, o ônus probatório, que passou a ficar a cargo do embargado, que não fez qualquer prova em sentido contrário. Salientou não bastar a afirmação de que o imóvel constitui bem de família para afastar a impenhorabilidade, havendo que se provar a alegação, o que não foi feito pelo embargante. Entendeu que não há falar em impenhorabilidade de bem de família se a obrigação decorre de fiança prestada em contrato de locação, já havendo a reserva da meação sobre o produto obtido com a arrematação.

Constou do dispositivo de sentença à f. 58:

> Isto posto, julgo parcialmente procedentes os embargos de terceiro para determinar que a ressalva da meação do embargante recaia sobre o produto da arrematação em hasta pública.
> Condeno o embargado no pagamento de 50% das custas processuais, arcando o embargante com os restantes 50%.
> Cada parte arcará com os honorários advocatícios do *ex adverso*, que arbitro em R$ 1.000,00 (um mil reais), suspendendo a execução de tais verbas em relação ao embargante, na forma do art. 12 da Lei 1.060/50.

Inconformado, apela o embargante, às f. 59/66, alegando que a penhorabilidade do bem de família decorrente da fiança não deve prevalecer, pois sujeita o indivíduo à situação constrangedora, infringindo um direito fundamental, que é o da moradia. Requer seja reformada parte da sentença, acatando-se a impenhorabilidade do bem de família e desconstituindo-se a penhora.

O MM. Juiz, à f. 67, recebeu a apelação em ambos os efeitos.

Intimado, o embargado apresentou contra-razões, às f. 38/71, suscitando, preliminarmente, ilegitimidade do embargante, já que sua meação já se encontra isenta de constrição. No mérito, afirma que a penhorabilidade do imóvel

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 296

decorrente de fiança concedida em contrato de locação está pacificada. Requer seja julgado o embargante carecedor da ação ou, se não for esse o entendimento, que seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, tendo em vista a presença dos requisitos que o autorizam.

Preliminares.

Ilegitimidade ativa.

Alega o embargado, em suas contra-razões recursais, ilegitimidade ativa do embargante, sob o argumento de que sua meação já se encontra isenta de constrição.

Sem razão o embargado nesse aspecto.

A ação de embargos, conforme dispõe o art. 1.046 do Código de Processo Civil, tem por finalidade afastar a constrição judicial recaída sobre a posse ou a propriedade daquele que não figura como parte na relação processual. E o § 3º do mencionado artigo considera terceiro o cônjuge, na defesa de sua meação.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em comentários ao dispositivo legal que trata dos embargos de terceiro, ensinam que:

> Trata-se de ação de conhecimento, constitutiva negativa, de procedimento especial sumário, cuja finalidade é livrar o bem ou direito de posse ou propriedade de terceiro da constrição judicial que lhe foi injustamente imposta em processo de que não faz parte. O embargante pretende ou obter a liberação (manutenção ou reintegração de posse), ou evitar a alienação de bem ou direito indevidamente constrito ou ameaçado de o ser (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.009).

Nesse sentido também é a jurisprudência deste Tribunal:

> Ementa: Embargos de terceiro. Penhora de bem imóvel. Legitimidade ativa do possuidor. - A posse, direta ou indireta, pode ser objeto de tutela pelos embargos de terceiro. A insurgência do terceiro embargante não se dá contra a regularidade ou não do ato de turbação ou esbulho que lhe impôs, no caso, a ordem judicial, mas sim contra a afirmação de que o bem constrito está na esfera de responsabilidade patrimonial do executado (Ap. 404.574-9, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Domingos Coelho).

No caso em exame, a constrição originou-se de contrato de locação inadimplido e do qual a esposa do embargante, ora executada provisória, é fiadora. O embargante, portanto, não é parte na relação de direito material, ou seja, na relação *ex locato*, de onde originou a constrição, mas tem legitimidade ativa para figurar no pólo ativo da relação processual da presente ação, que tem como objeto o imóvel residencial do casal.

Se o embargante alega impenhorabilidade do bem de família, este instituto alcança todo o imóvel, o que o legitima para os embargos, em tese, mesmo que sua meação já esteja resguardada.

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito.

No mérito, o ponto de inconformismo do embargante, ora apelante, cinge-se apenas à alegação de impenhorabilidade do bem dado em garantia à execução.

No caso, o arresto recaiu sobre o imóvel residencial do apelante e de sua esposa, fiadora do contrato de locação. Pugna o embargante pela desconstituição de penhora, por se tratar de bem de família, estando abrangido pela proteção conferida pela Lei 8.009/90.

Não merece acolhida a alegação do embargante, ora apelante.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 297

O art. 1º da Lei 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, estabelece: "O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei".

Entretanto, a Lei 8.245/91 alterou a Lei 8.009/90, inserindo o inciso VII no art. 3º, em que consta:

> Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
> [...]
> VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Tratando-se de obrigação decorrente de fiança locatícia, está o bem penhorado excluído do benefício instituído pela Lei 8.009/90, por força do disposto no art. 3º, inciso VII, incluído pela Lei 8.245/91.

Ora, a finalidade da fiança, em qualquer das hipóteses, é justamente eliminar o risco do locador, que, em caso de eventual inadimplemento, poderá evitar ou amenizar seu prejuízo por meio da garantia contratualmente estabelecida.

Se o fiador não respondesse com todos os seus bens para a satisfação do crédito, certamente não seria aceito como garantidor.

Outrossim, o garantidor, ao assumir essa posição, sabe, de antemão, nos termos da legislação especial que rege a matéria, do risco a que estará submetido em caso de inadimplemento do locatário, visto que responderá com seu patrimônio, inclusive com o imóvel residencial, pelo pagamento de dívida alheia. A garantia foi assumida contratualmente pela esposa do apelante, não sendo plausível que se furte, agora, ante a existência concreta da dívida, do cumprimento do dever assumido.

In casu, é certo que a fiadora, esposa do apelante, assumiu o risco de ver constrito seu único bem em decorrência do inadimplemento do locatário. Se não quisesse passar por essa situação, deveria ter se recusado a prestar a garantia quando isso lhe foi solicitado, não podendo o apelante, agora, que ela é instada ao cumprimento da obrigação, invocar o direito de moradia.

Ademais, o novo Código Civil determina expressamente em seu art. 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Por essas razões, é pacífico no egrégio Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é admitida, em virtude de contrato de locação, a penhora de bem de família do fiador:

> Ementa: Fiança. Bem de família. Impenhorabilidade. Exceção. Art. 82, Lei 8.245/91. Art. 3º Lei 8.009/90. Nova redação.
> - O ordenamento jurídico pátrio possui como regra a impenhorabilidade do bem de família. Porém, com as disposições trazidas pela Lei 8.245/91, em seu art. 82, que não confere ao referido bem, ainda que seja o único, o caráter da impenhorabilidade, nova redação foi dada ao art. 3º da Lei 8.009/90, mormente pela introdução do inciso VII em seu rol.
> - Configura-se a penhora do bem de família para garantir débitos decorrentes de fiança locatícia. [...] (REsp 539.982/SE, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, *DJ* de 02.03.04).

> Ementa: Fiança em contrato de locação. Execução. Penhora em imóvel. Art. 3º, VII, da Lei 8.009/90.
> - Determinando a Lei 8.009/90, no art. 3º, VII, a exclusão do regime de impenhorabilidade de bem no caso de processo de execução por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, a aplicação é imediata sem se poder cogitar, na espécie, de situação pré-constituída ou de direito adquirido.
> - Recurso especial conhecido e provido (REsp 645.734/DF, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 07.10.04).

> Locação e processual civil. [...] Fiador. Penhora. Bem de família. Possibilidade. Agra-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 298

vo desprovido. [...] - 2. Consoante a nova redação do art. 3º da Lei nº 8.009/90, é válida a penhora do bem destinado à moradia da família do fiador, em razão da obrigação decorrente de pacto locatício, aplicando-se, também, aos contratos firmados antes da sua vigência. Precedentes (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AG 638339/RS, 5ª Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, j. em 15.02.05).

Recurso especial. Locação. Fiador. Bem de família. Penhora. Possibilidade. Art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 e art. 82 da Lei 8.245/91. Precedentes desta Corte. Constitucionalidade. Decisão do STF.
- 1. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é legítima a penhora sobre bem de família de fiador de contrato de locação, a teor do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, acrescentado pelo art. 82 da Lei 8.245/91, inclusive para os pactos anteriores à vigência deste diploma legal.
- 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 407.688, declarou a constitucionalidade das mencionadas normas, em face do disposto no art. 6º da Constituição da República, que consagra o direito à moradia a partir da edição da Emenda Constitucional 26/2000.
- 3. Recurso especial conhecido e provido (REsp 876511/SE, Rel. Min. Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, *DJ* de17.04.07).

No mesmo sentido, confira-se a orientação do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

Ementa: Fiador. Bem de família. Penhorabilidade. - A Lei do Inquilinato restringiu o alcance do regime de impenhorabilidade dos bens patrimoniais residenciais consagrado no bojo da Lei nº 8.009/90, considerando passível de constrição judicial o bem familiar dado em garantia por obrigação decorrente de fiança em contrato locatício, sendo exceção taxativa do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, inserido pelo art. 82 da Lei 8.245/91 (Apelação Cível nº 346.518-9/Uberaba, 1ª Câmara Cível, Rel. Juiz Alvim Soares, *DJ* de 09.10.01).

Ementa: Embargos do devedor. Matérias postas em apelação. Inovação. Bem de família. Fiança locatícia. Impenhorabilidade afastada. Inteligência do inc. VII, art. 3º, da Lei 8.009/90.
[...]
- A execução de débito de fiança locatícia autoriza a penhora do bem de família do devedor, visto estar excluído do amparo da Lei 8.009/90 (Apelação Cível nº 428.775-8/Contagem, 3ª Câmara Cível, Rel.ª Juíza Albergaria Costa, *DJ* de 24.03.04).

E também deste egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Ementa: Processual civil e civil. Agravo de instrumento. Execução. Bem de família. Penhora. Fiança. - Na ação de execução visando à cobrança de aluguéis e encargos da locação, bem imóvel pertencente ao fiador pode ser penhorado, tendo em vista a exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, com a redação que lhe foi dada pelo art. 82 da Lei 8.245/91 (TJMG, Décima Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Maurício Barros, AI 2.0000.00.511703-3/000, j. em 10.08.05).
Apelação cível. [...] Locação. Fiador. Bem de família. Possibilidade de penhora. [...] - O fiador em contrato de locação não se beneficia da impenhorabilidade de imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, ainda que seja o único que possua, respondendo o aludido bem pelas dívidas locatícias (TJMG, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Luciano Pinto, Ap. 507.038-2, j. em 12.05.05).

Então, sob o aspecto da alegada impenhorabilidade, mesmo que bem de família, não dou razão ao apelante.

Dispositivo.

Com esses fundamentos, rejeito a preliminar e nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelo apelante, observado o disposto na Lei nº 1.060, de 1950.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Lucas Pereira e Eduardo Mariné da Cunha.*

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 299

AÇÃO POPULAR - PATRIMÔNIO PÚBLICO - ATO LESIVO - ILEGALIDADE - AUSÊNCIA - FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE ITAÚNA - DESVINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO - POSSIBILIDADE

Ementa: Constitucional. Administrativo. Ação popular. Lesividade. Ilegalidade. Ausência. Fundação Universidade de Itaúna. Desvinculação do Poder Público. Possibilidade. Inteligência do art. 82, § 1º, inc. II, do ADCT da CEMG/89.

- O art. 82, § 1º, inc. II, do ADCT da CEMG/89 autorizou as fundações educacionais instituídas pelo Estado ou com sua participação - nelas incluída a Fundação Universidade de Itaúna - a exercerem a opção por serem absorvidas, como unidades, pela Universidade do Estado de Minas Gerais (inc. I) ou por extinguirem seus vínculos com a Administração Pública Estadual, por meio de alteração de seus estatutos (inc. II).

- Verificando-se que a entidade de ensino observou as exigências legais e os termos de seu estatuto social para desvincular-se do Poder Público Estadual, não há falar em procedência do pedido popular de anulação daquela desvinculação, fundado em lesividade ao patrimônio público.

Sentença confirmada em reexame necessário, e recurso voluntário prejudicado.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.01.111446-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Geraldino de Sousa Filho e outros; Neusa Gonçalves de Sousa, herdeira de Virgilio Gonçalves de Souza, e outros - Apelados: Estado de Minas Gerais; Eduardo Brandão Azeredo e outros; Hidelbrando Canabrava Rodrigues; Fundação Universidade Itaúna e outros; Neusa Gonçalves de Sousa e outros - Relator: Des. EDGARD PENNA AMORIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2007. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentações orais, respectivamente, pelo primeiro apelante e pelos quatro apelados, os Drs. Carlos Magno de Almeida e José Rubens Costa.

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - Senhor Presidente, ilustres Drs. Carlos Magno de Almeida e José Rubens Costa, que ocuparam a tribuna na defesa dos interesses de seus constituintes, antes de iniciar, gostaria de pedir permissão ao em. Presidente para indagar do il. Prof. José Rubens Costa se a referência feita por S. Ex.ª à alegação de prescrição apenas em segunda instância está situada nas contra-razões ou em memorial, uma vez que, segundo o relatório lançado nos autos, não alcançara eu esta alegação até então.

O Sr. Dr. José Rubens Costa - Senhor Presidente, eminente Des. Edgard Penna Amorim, assim que o processo foi distribuído a V. Ex.ª, enviei um memorial alegando a prescrição. Trata-se do segundo memorial, não do primeiro. Nesse segundo memorial, foi alegada a prescrição.

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - Senhor Presidente, gostaria de registrar que recebi memoriais das partes, já quando, há algum tempo, para mim mais longo do que o desejado, este feito me foi distribuído.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 300

Trata-se de ação popular movida pelos eleitores Geraldino de Sousa Filho, Pedro Paulo Pinto, Paulo Vicente de Freitas, Clênio César Teixeira de Melo em face do Estado de Minas Gerais, Eduardo Brandão Azeredo, Álvaro Brandão Azeredo, João Batista dos Mares Guia, Marcos Guimarães de Cerqueira Lima, Hildebrando Canabrava Rodrigues, Virgílio Gonçalves de Souza, Faiçal David Freire Chequer e Welerson Romaniello de Freitas, objetivando a anulação do ato de desvinculação da Fundação Universidade de Itaúna, também demandada, da Administração Pública estadual, por ilegalidade e por lesividade ao patrimônio público, com fulcro no art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição da República de 1988, na Lei nº 4.717/65, no art. 6º, § 2º, da Lei Estadual nº 3.596/65, e no art. 82, § 1º, inc. II, do ADCTE de 1989.

Adoto o relatório da sentença (f. 880/888), por fiel, e acrescento que a il. Juíza da 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte julgou improcedente o pedido dos autores populares, por considerar, assim como consideraram a Procuradoria-Geral do Estado, o Conselho Estadual de Educação e o Ministério Público, que o art. 82, § 1º, inc. II, do ADCTE, promulgado simultaneamente com a Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, autorizou a desvinculação da Fundação Universidade de Itaúna da Administração Estadual. Não houve condenação em custas ou honorários advocatícios (CR/1988, art. 5º, inc. LXXIII), e os autos foram remetidos ao reexame necessário, consoante o art. 19 da Lei de Ação popular.

Apelam os requerentes (f. 900/907), inconformados com a sentença, batendo-se por sua reforma, às alegações, em síntese, de que: a) a referida desvinculação só estaria autorizada àquelas fundações educacionais que não houvessem recebido recursos do Estado, o que não é o caso da Fundação Universidade de Itaúna; b) esta entidade teria recebido do Poder Público Estadual, a título de doação, uma fazenda de 93,85 hectares, bem público inalienável, salvo em caso de autorização legislativa; c) teria havido infringência do art. 6º, § 2º, da Lei Estadual nº 3.596/65, que instituiu a Assembléia Geral como órgão de deliberação da Fundação sob exame, já que sua desvinculação decorreu do Conselho de Curadores, ao passo que competia àquela Assembléia tal decisão; d) a il. Magistrada *a quo* teria atribuído interpretação errônea ao art. 82 do ADCT no tocante à expressão "desde que não tenham recebido recursos públicos estaduais"; e) uma vez privatizada a Fundação, o bem imóvel doado pelo Poder Público à entidade de ensino passou ao domínio particular, sem que houvesse lei autorizando a transferência, implicando, assim, a violação do art. 67 do Código Civil de 1916; f) houve lesão ao patrimônio público na medida em que se subtraiu dele o imóvel em comento.

As contra-razões dos requeridos foram apresentadas às f. 913/920, 923/926 e 928/948, todas pela confirmação da decisão combatida.

Às f. 950/952, manifestação do Ministério Público, por meio de sua Promotoria de Tutela das Fundações, deixando de oferecer parecer recursal em face da Recomendação nº 01/2001 do eg. Conselho Superior do Ministério Público.

Habilitação requerida pelos autores Geraldino de Sousa Filho e outros em face da morte de Virgílio Gonçalves de Souza (f. 976-TJ), devidamente processada e promovida a substituição processual (f. 1.033/1.034).

Manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do il. Procurador Márcio Luiz Chila Freyesleben, opinando no sentido de que o ato impugnado é lícito (f. 1.029/1.031).

Conheço do apelo e da remessa obrigatória, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Quanto à prejudicial de mérito, hei por bem rejeitá-la, uma vez que a referência aos atos internos da Fundação, ocorridos no início da década de 1990, bem como ao ato do Conselho Estadual de Educação, atinente à opção manifestada pela entidade, à luz do per-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 301

missivo do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado, o foram para a composição da tese de que ilegal e lesivo ao patrimônio público o ato último indicado pelos autores populares, a saber, o Decreto do Sr. Governador do Estado, cuja natureza, homologatória ou não, se verificará, se relevante, na apreciação do restante do mérito da demanda, mas que não tem, à guisa desta prefacial de mérito, o condão de lhe permitir o acolhimento, razão pela qual supero a referida prejudicial, deduzida em sede de memorial ofertado pelo il. Prof. José Rubens Costa que, como dito por S. Ex.ª , sucede, no caso, o saudoso e inesquecível mestre de todos nós, o Prof. Paulo Neves de Carvalho.

Portanto, afasto a alegada prescrição.

A Sr.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - Senhor Presidente, registrando minha atenção aos ilustres Advogados que ocuparam a tribuna, deixo explícito o fato de que não recebi os memoriais, mas tal circunstância não significa que não tenha tido acesso aos autos, e o fiz, como é de meu mister. Pude ver que, no curso do procedimento, efetivamente a prescrição não foi alegada pelo saudoso Prof. Paulo Neves de Carvalho.

Nessa oportunidade, entretanto, como ela foi suscitada - e aí entendo que o foi não no âmbito de memorial, porque este é uma peça extra-autos, mas da tribuna - cabe a esta Corte enfrentá-la. Pela argumentação expendida pelo eminente Relator, também rejeito a prefacial de mérito.

O Sr. Des. Silas Vieira - Inicialmente, ressalto que ouvi atentamente as sustentações orais produzidas da tribuna e, no tocante à prefacial de mérito, acompanho o eminente Des. Relator para rejeitá-la, conforme o fez S. Ex.ª, e de acordo com os seus expendimentos.

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - Senhor Presidente, passo, então, ao voto que preparei para este feito, seguro de que ele aborda todas as demais questões aviventadas da tribuna pelos ilustres patronos dos litigantes.

A meu aviso, a sentença não merece qualquer reforma, nos termos da fundamentação abaixo declinada.

Cinge-se a controvérsia desta ação popular à apuração de ilegalidade e de lesividade ao patrimônio público do Estado de Minas Gerais, supostamente ocasionadas pelo ato que desvinculou a Fundação Universidade de Itaúna da Administração Pública estadual, com base no art. 82, § 1º, inc. II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado de Minas Gerais de 1989.

Sabe-se que a ação popular é o meio processual posto à disposição do cidadão que vise a "[...] anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência" (CR/1988, art. 5º, inc. LXXIII).

Assim, os requisitos dessa ação de natureza constitucional são, no ensinamento de Hely Lopes Meirelles, a condição de eleitor gozada pelo demandante, a ilegalidade do ato decorrente de vício formal ou substancial, incluído o desvio de finalidade, e, por fim, a lesividade daquele ato ao patrimônio público, à moralidade administrativa e a outros valores consagrados na Constituição da República de 1988.

A esse respeito, calha transcrever a lição elucidativa de Rodolfo de Camargo Mancuso:

> Nossa posição a respeito parte do princípio de que a lei não contém palavras supérfluas e o fato é que o texto constitucional não fala em 'ilegalidade' ou 'ilegitimidade', mas sim em ação popular que 'vise a anular ato lesivo'. Quer dizer, a lesividade do ato há de ser, em princípio, o '*leit motiv*' da ação, sua causa próxima mais evidente. Casos até haverá (não serão a regra) em que tal seja a enormidade da lesão, que a ilegalidade virá por assim dizer 'embutida', presumida, ínsita na lesão mesma. Nesse sentido, José Afonso da

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 302

> Silva: 'Na medida em que a Constituição amplia o âmbito da ação popular, a tendência é a de erigir a lesão, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato'.
> A seu turno, aduzia o saudoso Hely Lopes Meirelles: 'Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais e históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser 'efetiva' quanto 'legalmente presumida', visto que a lei regulamentar estabelece casos de 'presunção de lesividade' (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias, para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito (STF, *RTJ* 103/683). Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração de 'ilegalidade e da lesão efetiva' ao patrimônio protegível pela ação popular. Sem estes três requisitos – 'condição de eleitor, ilegalidade e lesividade' - que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular (In *Ação popular. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003, p.103).

Há, como visto, o destaque para o aspecto lesionador do ato apurado em sede de ação popular, cujo objeto foi consideravelmente estendido pela Constituição de 1988, ao incluir expressamente a noção de lesão à moralidade administrativa, dentre o já resguardado patrimônio público mencionado no art. 1º e § 1º da Lei nº 4.717, de 29/06/65.

Assim, a solução da demanda perpassa, sobretudo, pela constatação ou não da efetiva lesão ao patrimônio público, alegada pelos autores populares na inicial e reafirmada em sede de apelação, no sentido de que a desvinculação da Fundação Universidade de Itaúna da Administração Pública estadual subtraiu do patrimônio desta um imóvel de 93,85 hectares - bem público inalienável - transferindo-o à esfera privada sem lei autorizativa.

De fato, a Fundação Universidade de Itaúna foi instituída pelo Estado de Minas Gerais, nos termos da Lei nº 3.596, de 26/11/65 (f. 21), regulamentada pelo Decreto nº 9.108, de 06/12/65, como fundação de direito privado, regida por estatuto próprio, com personalidade jurídica adquirida pelo registro civil e arquivamento de seus atos constitutivos, com patrimônio inicialmente constituído de apólices da Dívida Pública Estadual - valores, porém que, segundo sustentam os apelados, nunca chegaram a compor efetivamente aquele patrimônio.

Por meio da Lei nº 7.825, de 17/10/80, o Poder Executivo do Estado de Minas Gerais foi autorizado a doar à Fundação em comento um terreno de 93,85,80 ha, destinado à construção do *campus* da entidade. Em cumprimento ao disposto no respectivo art. 1º, parágrafo único, a doação foi efetivada com cláusula de reversão do bem ao patrimônio do Estado em caso de extinção da Fundação. Após, o *campus* universitário foi construído naquele terreno.

Conquanto instituída pelo Poder Público Estadual, a entidade de ensino não era por ele mantida, conforme se verifica dos autos, haja vista a inexistência, neles, de registros de transferência de recursos do Estado àquela instituição, noticiando-se, tão-só, doações isoladas do Município de Itaúna.

Enquanto fundação de natureza privada (Lei nº 3.596, de 26.11.1965, art. 2º) autônoma, a instituição de ensino mantinha-se com os recursos provenientes da cobrança de mensalidades e sujeitava-se à intervenção do Poder Público Estadual, exclusivamente, no tocante à escolha dos membros componentes da administração superior da Fundação, atribuída ao Governador do Estado, nos termos do art. 6º daquele diploma legal.

Assim, não há falar que a Fundação em comento estava sujeita ao regime público e que teria ocorrido a transferência da entidade para a iniciativa privada, por meio da opção de desvinculação noticiada nestes autos, pois aquela entidade não era mantida pelo Estado de Minas Gerais, inserindo-se, desde sua gênese, na esfera da sociedade civil, na qual se mantém até os dias de hoje.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 303

Assim, não há falar que a Fundação em comento estava sujeita ao regime público e que teria ocorrido a transferência da entidade para a iniciativa privada, por meio da opção de desvinculação noticiada nestes autos, pois aquela entidade não era mantida pelo Estado de Minas Gerais, inserindo-se, desde sua gênese, na esfera da sociedade civil, na qual se mantém até os dias de hoje.

É o que se depreende dos objetivos fixados pelo seu atual estatuto e pela lei em comento, que autorizou a instituição daquela entidade:

> Art. 3º. A Fundação terá por objetivo criar e manter sem fins lucrativos a Universidade de Itaúna, instituto de ensino superior de pesquisas e formação profissional em todos os ramos do saber técnico-científico e de divulgação cultural.
>
> Art. 11. A Universidade de Itaúna empenhar-se-á no estudo dos problemas relacionados com o desenvolvimento econômico, social e cultural do País e, especialmente, da região em que se localiza, por si ou em colaboração com entidades públicas ou privadas que o solicitarem. (*sic*)

Posteriores ou contemporâneas à Fundação Universidade de Itaúna, outras sociedades civis foram instituídas pelo Estado de Minas Gerais, e algumas destas, mais do que viabilizadas pelo investimento estatal, foram mantidas e custeadas por recursos públicos. Algumas das fundações criadas o foram na forma de autarquias e deram origem à fundação autárquica, cujo caráter é essencialmente público.

Na esfera federal, a legislação dispunha sobre a "fundação pública", como entidade integrante da administração pública indireta, conforme a Lei nº 7.596/87, que alterou o Decreto-lei nº 200/64, definindo-a em seu art. 5º, inc. IV, a partir de 10.04.1987, como

> [...] a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Note-se que, a despeito da denominação de fundação pública, sua própria definição legal, ainda, veio admitir a personalidade jurídica de direito privado, ao contrário do que aconteceria, mais tarde, no âmbito do Estado de Minas Gerais.

O fato é que a matéria relativa às fundações das quais a Administração Pública Estadual participava se tornou intrincada em razão da diversidade de condições em que aquela participação ocorria, bem como em decorrência da variação de natureza das entidades: ora deparava-se com fundações autárquicas de natureza essencialmente pública, ora fundações de natureza privada, mas mantidas por recursos governamentais, e, ainda, ora entidades que receberam, em algum momento, doação do Poder Público. Todas mantinham, assim, um vínculo com a Administração Pública Estadual, mas este liame assumia contornos diversos, conforme a entidade tratada.

Após o advento da nova ordem constitucional em 1988, a Constituição do Estado de Minas Gerais estabeleceu a limitação ao Poder Público Estadual de somente manter ou de instituir fundação com a natureza de pessoa jurídica de direito público - a fundação autárquica (art.14, § 5º, CEMG/1989) - com o propósito de viabilizar a organização da administração pública indireta.

Como existiam, no âmbito estadual, várias entidades de ensino na mesma situação da Fundação Universitária de Itaúna, que, por ocasião de sua instituição ou no curso de sua existência, haviam recebido algum patrimônio do Poder Público, o titular do poder constituinte decorrente, de 1989, fez incluir, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o dispositivo a seguir transcrito:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 304

> Art. 82. Ficam mantidas as atuais instituições de ensino superior integrantes da Administração Pública Estadual.
> § 1º. As fundações educacionais de ensino superior instituídas pelo Estado ou com sua participação poderão manifestar-se no prazo de cento e oitenta dias contados da promulgação da Constituição por uma das seguintes opções:
> I - absorção, como unidades, pela Universidade do Estado de Minas Gerais, na forma prevista no § 1º do artigo anterior;
> II - extinção dos vínculos existentes com o Poder Público Estadual, mediante alteração de seus estatutos, permanecendo sob a supervisão pedagógica do Conselho Estadual de Educação, nos termos da Constituição, desde que não tenham recebido recursos públicos estaduais até a data de sua promulgação.
> § 2º O Estado, decorrido o prazo fixado no parágrafo anterior, transformará em fundações públicas as fundações educacionais que não exercitarem, no prazo de trezentos e sessenta dias, a faculdade ali outorgada.
> § 3º Fica transformada em autarquia, com a denominação de Universidade Estadual de Montes Claros, a atual Fundação Norte-Mineira de Ensino Superior.

Com a devida vênia, é desarrazoada a tese dos autores populares no sentido de que a interpretação da parte final do inc. II do art. 82 veda a opção de extinção do vínculo para a Fundação de Ensino itaunense, em razão da doação do terreno mencionada alhures. É que, para aceitar a ótica dos apelantes, é necessário admitir a existência de antinomia entre o disposto no § 1º e na parte final de seu segundo inciso.

Ora, o *caput* do art. 82 da ADCT da CEMG/1989 manteve as instituições de ensino superior integrantes da Administração Pública Estadual.

Em seguida, o Texto Constitucional garantiu àquelas fundações educacionais instituídas pelo Estado ou com sua participação - aqui incluída a entidade itaunense - a opção por serem absorvidas, como unidades, pela Universidade do Estado de Minas Gerais (inc. I) ou por extinguirem seus vínculos com a Administração Pública Estadual, por meio de alteração de seus estatutos (inc. II).

Como forma de manter no âmbito definitivo da Administração Pública as entidades mantidas pelo Poder Público até a promulgação da Constituição Estadual, o legislador constituinte inseriu, no final do inc. II, a vedação à opção das fundações - das quais o Estado era mantenedor - pela desvinculação, obrigando-as a se tornarem unidades da Autarquia criada no art. 81 daquelas disposições transitórias, a UEMG.

Outra interpretação, como pretendem os autores populares, tornaria inaplicável o inc. II, pois a redação, "desde que não tenham recebido recursos públicos estaduais até a data de sua promulgação" conflitaria com as disposições do § 1º, "instituídas pelo Estado ou com sua participação".

Quisesse o inc. II excluir a opção desvinculatória para toda fundação educacional que tivesse recebido qualquer bem do Poder Público, todas as entidades de ensino enquadradas no § 1º teriam que ser absorvidas, pois se, em algum momento, elas foram instituídas pelo Estado ou delas este participou, aquelas receberam recursos estaduais em sentido lato. Logo, estar-se-ia diante de norma transitória repleta de palavras vãs (inc. II), ao contrário do princípio de interpretação constitucional consagrado no ordenamento jurídico em vigor.

Como dito, a Fundação Universidade de Itaúna recebeu do Poder Público Estadual o terreno para a construção de seu *campus* e veio mais tarde a optar pela desvinculação do Estado de Minas Gerais, nos termos em que a Constituição deste, em suas disposições transitórias, permitiu.

A alienação de bem público ocorrera de fato em 1980, segundo os exatos termos da aludida Lei nº 7.825, de 17.10.1980 (f. 22), e não a partir do ato de desvinculação mencionado. Tal desvinculação não retirou, simplesmente, da Administração Pública o bem referido,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 305

mas extinguiu, com o Poder Público, o vínculo da Fundação sob exame, o que não quer dizer que o bem em comento tenha sido transferido à iniciativa privada, caracterizada pela finalidade lucrativa.

Na verdade, o terreno doado continua "afetado" pela destinação de servir à região de Itaúna e a suas comunidades, segundo as disposições estatutárias daquela Fundação, que prevêem o uso do terreno, enquanto *campus* universitário, para o desenvolvimento do ensino, da cultura e da pesquisa técnico-científica. Nessa linha, a extinção da Fundação implicará a transferência do bem para instituição de finalidades equivalentes, sempre atendendo à intenção inicial da doação pelo ente público.

Logo, o que deve ser garantido é a manutenção da Fundação em seus objetivos estatutários, em conformidade com a lei civil, não se admitindo o desvirtuamento da entidade, para o que a lei prevê os mecanismos de controle e o órgão competente para a fiscalização e a curadoria daquelas fundações, com essas atribuições destacadas para o Ministério Público.

Assim, *data venia*, não há falar em lesão ao patrimônio público para efeito da ação popular, conforme asseverado anteriormente.

Lado outro, a perquirição a respeito da competência do Conselho de Curadores para optar pela desvinculação, à primeira vista, não seria matéria afeta à abrangência deste tipo de ação constitucional, que tem como objeto principal a "anulação de ato lesivo ao patrimônio público".

Entretanto, prevendo o art. 5º, inc. LXXIII, da CR/1988 a viabilidade de propositura daquela ação contra ato lesivo à moralidade administrativa e considerando ter sido o Estado de Minas Gerais quem instituiu a Fundação Universidade de Itaúna, reconheço a viabilidade processual de os autores populares obterem a sindicância judiciária acerca da legitimidade jurídica do ato de opção, emanado do Conselho de Curadores da instituição, o qual promoveu o objurgado desligamento.

Ao que se vê do estatuto da Fundação e da lei que a instituiu, vigentes à época da opção do art. 82 do ADCT, havia previsão de funções deliberativas para a Assembléia Geral e para o Conselho de Curadores, que, como o órgão da administração superior da entidade, tinha seus membros indicados pelo Governador do Estado. Nesse sentido, transcrevam-se os seguintes dispositivos:

> Art. 6º A Fundação será administrada por um Conselho de Curador, composto de 3 (três) membros e 3 (três) suplentes escolhidos pelo Governador do Estado entre pessoas de ilibada reputação e notório saber, com mandato de 4 (quatro) anos, podendo haver recondução.
> § 1º O Conselho de Curador elegerá o seu presidente que exercerá as funções de presidente da Fundação e terá o título de Reitor da Universidade.
> § 2º Como órgão de deliberação e fiscalização, a Fundação terá ainda a Assembléia-Geral e o Conselho Fiscal, a serem constituídos na forma que dispuser o estatuto.

Na esteira do que entendeu a il. Magistrada de primeiro grau, sou pela competência do Conselho de Curadores para deliberar sobre o ato de desvinculação. É que não há disposição que admita a relação de hierarquia entre aquele conselho e a Assembléia Geral, sobretudo, pelo fato de o primeiro não agir em representação da segunda.

Quanto à repartição de competências deliberativas, o estatuto previa:

> Art. 10. São órgãos administrativos e deliberativos da Fundação:
> I - a Assembléia-Geral;
> II - o Presidente;
> III - o Conselho de Curadores;
> IV - o Diretor-Executivo;
> V - o Conselho Fiscal.

Especificamente no tocante às competências da Assembléia Geral, o estatuto da entidade lhe atribuía funções de natureza fiscalizatória, nos seguintes termos:

> Art. 19. Compete à Assembléia-Geral Ordinária:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 306

> I - conhecer do balanço geral e do relatório sobre o exercício findo, deliberando livremente sobre os mesmos;
> II - eleger os membros do Conselho Fiscal e suplentes.

Já quanto ao rol de competências estatutárias atribuídas ao Conselho de Curadores, não há como negar que este órgão detinha grande poder de decisão de cunho político e administrativo dentro da entidade, pois era a forma de garantir ao Estado-instituidor - responsável pela escolha dos membros daquele Conselho - que a instituição estaria sendo dirigida por "pessoas de ilibada reputação e notório saber" (art. 23). Assim, estavam descritas as competências:

> Art. 24. O Conselho terá as funções de órgão curador, a ele competindo:
> I - eleger o seu Presidente e Vice-Presidente;
> II - elaborar o Regulamento previsto no art. 10 da Lei nº 3.596, de 26 de novembro de 1965, alterada pela Lei nº 6.394, de 18 de julho de 1974, e aprovar os regimentos das unidades de ensino superior;
> III - aprovar os planos de trabalho e as propostas orçamentárias e acompanhar-lhes a execução;
> IV - aprovar os planos de seleção de bolsistas;
> V - autorizar a abertura de créditos adicionais;
> VI - aprovar o quadro administrativo e fixar a remuneração do Reitor, do Direitor-Administrativo da Universidade, do Chefe de Gabinete do Reitor, dos Diretores das unidades, do pessoal docente, técnico e administrativo;
> VII - deliberar sobre a guarda, aplicação e movimentação dos bens da fundação;
> VIII - decidir sobre a instalação de novas unidades de ensino ou cursos e a criação ou encampação de outros estabelecimentos;
> IX - fixar anuidade escolar e taxas a serem cobradas;
> X - encaminhar ao Conselho Fiscal o balanço e os relatórios anuais, acompanhados de parecer subscrito por todos os membros, com expressa consignação dos votos respectivos;
> XI - decidir sobre a aceitação de doações e alienações de imóveis;
> XII - submeter anualmente, ao Tribunal de Contas do Estado, a prestação de contas prevista no art. 7º da Lei nº 6.394, de 18 de julho de 1974;
> XIII - autorizar os atos do Presidente não previstos neste Estatuto;
> XIV - exercer as demais atribuições decorrentes de outros dispositivos deste Estatuto e as que lhe venham a ser legalmente conferidas.

Acrescentem-se, ainda, a esse feixe de competências as que estão atribuídas ao Presidente da Fundação, em cumprimento às normas e planos estabelecidos pelo Conselho de Curadores, conforme se depreende dos incisos do art. 21, em destaque:

> Art. 21. [...]
> VIII - autorizar a execução dos planos de trabalho aprovados pelo Conselho de Curadores;
> [...]
> X - autorizar a transferência de dotações orçamentárias, de acordo com as normas fixadas pelo Conselho de Curadores;
> XI - exercer as demais atribuições previstas neste Estatuto ou que lhe venham a ser conferidas pelo Conselho de Curadores.

Como visto, a competência do Conselho de Curadores estava relacionada diretamente ao governo da Fundação e envolvia uma série de decisões político-administrativas, nos termos em que previa o Estatuto. Dentre tais competências, estão, ainda, a de nomear o Diretor-executivo para o exercício das funções administrativas, autorizar o presidente da entidade a realizar atos não previstos no diploma estatutário e, ainda, a competência de promover alterações naquele estatuto, submetidas à aprovação do Governador do Estado, nos termos do art. 39.

Portanto, não há dúvidas de que a decisão de desvinculação atacada foi tomada pelo órgão competente, consoante as atas de reunião do Conselho (f. 24/25, 26 e 34), em face das previsões estatutárias, tendo-se por base a circunstância específica de se tratar de uma fundação, cujo órgão superior de administração era composto por membros indicados pelo Poder Público.

Por tais razões é que o ato de desvinculação censurado encontrou guarida nos pareceres da Procuradoria do Estado de Minas Ge-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 307

rais, não sofreu qualquer censura do Ministério Público e do Conselho Estadual de Educação e foi devidamente validado pelo decreto do Governador do Estado.

Pelo exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença e julgo prejudicada a apelação voluntária.

Sem custas recursais.

A Sr.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - Senhor Presidente, nada tenho a acrescer ao judicioso voto do eminente Des. Relator, que esgotou, com a percuciência que lhe é peculiar, integralmente, a matéria objeto do debate.

Nesta oportunidade, peço vênia a Sua Excelência para adotar como minhas as razões postas no voto que proferiu.

Acompanho o Relator na integralidade.

O Sr. Des. Silas Vieira - Acompanho o eminente Relator, na inteireza do seu voto para, igualmente, em reexame necessário, confirmar a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

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

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR - IMÓVEL - TOMBAMENTO - PATRIMÔNIO HISTÓRICO - DEMOLIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Constitucional e administrativo. Ação civil pública. Liminar. Imóvel de valor histórico e cultural, objeto de pedido de tombamento. Demolição. Impossibilidade.

- Independentemente do tombamento, o patrimônio cultural e histórico merece proteção, e, neste caso, ainda que precária - até definitiva solução da questão em exame - essa proteção, se não for dada, inviabilizará qualquer ação futura, pois a demolição é irreversível. Todas as formas de acautelamento e preservação podem ser tomadas pelo Judiciário, na sua função geral de cautela (arts. 23, III e IV; 30, I e IX, e 216, § 1º, da Constituição Federal).

AGRAVO N° 1.0183.06.120771-2/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Agravante: Jânio Euro Pereira - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2007. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral pelo agravante o Dr. Gustavo Guimarães da Fonseca.

O Sr. Des. Wander Marotta - Sr. Presidente. Ouvi, atentamente, a sustentação oral da tribuna e acuso recebimento de memorial, por parte do agravante, protocolado em data de 10 de maio.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 308

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Jânio Euro Pereira contra a r. decisão de f. 30/32, proferida nos autos da ação civil pública que lhe move o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, figurando no pólo passivo, de igual modo, o Município de Conselheiro Lafaiete; e que deferiu a liminar pleiteada, para determinar "... ao Município de Conselheiro Lafaiete que se abstenha de autorizar a demolição do Solar da Família Lana, sob pena de multa de R$ 400.000,00 a ser revertida para a Funemp", estendendo a medida ao agravante a fim de que se abstenha de praticar atos que venham a descaracterizar o imóvel, sejam eles atos de reforma, degradação ou demolição, sob pena de multa de R$ 400.000,00.

Sustenta o agravante, em síntese, que adquiriu o bem denominado "Solar da Família Lana" em agosto de 2006, no intuito de demolir o imóvel e construir, no local, um centro comercial. Mas que foi surpreendido com a concessão da liminar nos autos da ação civil referida, anotando que em momento algum foi notificado, cientificado ou informado de qualquer tipo de limitação referente ao seu uso e gozo, não existindo proteção legal a imóvel não tombado - assinalando, mais, que, no caso, o processo de tombamento do bem nem sequer foi iniciado. Enfatiza que a inicial da ação proposta pelo *Parquet* é inepta, por impossibilidade jurídica do pedido, já que o tombamento de bens particulares só pode ser iniciado pelo órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (art. 13 do Decreto-lei 25/37), não podendo o Judiciário substituir a Administração Pública, promovendo o tombamento de imóvel por iniciativa do Ministério Público, sob pena de violação dos arts. 23, III, e 216, da CF; 9º e 13 do Decreto-lei 25/37; 3º da Lei Estadual 5.775/71 e 3º da Lei Municipal 4.873/2006. Põe em relevo que não pode o Ministério Público pretender, através de ação civil pública, criar instrumento de proteção não contemplado pela lei, o que não se admite. Ressalta que eventual restrição ao imóvel pela Administração constituirá desapropriação indireta, sendo vedado ao proprietário, na ação civil, pedir o ressarcimento dos danos advindos deste ato. Pede a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, que seja dado provimento ao agravo, cassando-se a liminar deferida ou, *ad argumentandum*, que seja reduzido o valor da multa.

O deferimento de liminar pressupõe a existência de dois requisitos essenciais a ensejar-lhe a viabilização: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro, na definição do eminente processualista Humberto Theodoro Júnior,

> deve ser revelado como um 'interesse amparado pelo direito objetivo, na forma de um direito subjetivo, do qual o suplicante se considera titular, apresentando os elementos que *prima facie* possam formar no juiz a oposição de credibilidade mediante um conhecimento sumário e superficial, como ensina Ugo Rocco. (...). O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido (in *Curso de processo civil*. Ed. Forense, v. II, p. 1.116).

No caso em exame estão presentes estes requisitos, mostrando-se, ainda, o risco de irreversibilidade, caso não seja deferida a liminar para impedir a demolição do imóvel em causa.

Com efeito, a ação civil proposta tem por objetivo evitar que os réus se abstenham de praticar quaisquer atos de demolição ou reforma que venham a descaracterizar o imóvel denominado "Solar Família Lana".

A ação foi proposta por ter chegado ao conhecimento do *Parquet* "... através de representação feita pela Presidente do Conselho Deliberativo Municipal de Patrimônio Histórico e Cultural - CONPHIC - que o requerido, Jânio Euro Pereira, na qualidade de proprietário do casarão situado na Rua Dr. Melo Viana, 267, Centro, Conselheiro Lafaiete, solicitou à Prefeitura Municipal autorização para o referido imóvel" (f. 40-TJMG), que tem elevado valor histórico para o Município.

O STJ já firmou entendimento no sentido de que

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 309

> ... o novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc.), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade) (REsp nº 493270/DF, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 24.11.2003).

Na mesma linha: EREsp nº 303994/MG, 1ª Seção, *DJ* de 1º.09.2003; EREsp nº 327206/DF, 1º Seção, *DJ* de 15.03.2004; EREsp nº 303174/DF, 1ª Seção, *DJ* de 01.09.2003; REsp nº 439509/SP, 4ª Turma, *DJ* de 30.08.2004; REsp nº 364380/RO, 5ª Turma, *DJ* de 30.08.2004; AGA nº 290832/SP, 2ª Turma, *DJ* de 23.08.2004; AGREsp nº 566862/SP, 3ª Turma, *DJ* de 23.08.2004; REsp nº 373685/DF, 1ª Turma, *DJ* de 16.08.2004; REsp nº 556618/DF, 4ª Turma, *DJ* de 16.08.2004; REsp nº 574410/MG, 1ª Turma, *DJ* de 05.08.2004; REsp nº 557646/DF, 2ª Turma, *DJ* de 30.06.2004.

Passando à análise de mérito, vê-se que o agravante afirma que, ao adquirir o imóvel, não havia qualquer limitação sobre ele, tendo investido mais de seiscentos mil reais já visando à sua demolição.

Examinei cuidadosamente os autos e, *data venia*, considero não estarem presentes os requisitos autorizadores para a revogação da liminar, lembrando-se que o princípio da supremacia do interesse público, consagrado na Constituição da República de forma implícita, norteia os atos administrativos.

O agravante pretende demolir o imóvel, mas o CONPHIC deu parecer contrário a esta demolição por ser o bem de interesse cultural do Município (f. 55/62-TJMG), já tendo sido solicitado o decreto de tombamento respectivo (f. 63/66).

O pedido de tombamento está sendo analisado, o que justifica a concessão da liminar, pois, caso o imóvel seja demolido, não haverá mais a possibilidade de sua preservação.

Se o imóvel for tombado e o tombamento, ao final, for considerado legal, poderá o agravante requerer, sendo o caso, a indenização que entender cabível, não se justificando, entretanto, a demolição de um bem de elevado valor histórico para a coletividade.

A CF é, aliás, expressa no sentido de que é dever dos entes federados proteger os bens de valor histórico, artístico e cultural, impedindo a destruição e descaracterização dos mesmos (arts. 23 e 216).

O Decreto nº 25/37 - que institui, em nível nacional, o tombamento de bens considerados integrantes do patrimônio histórico e cultural - continua em vigor, recepcionado que foi pela Carta da República, tendo sido considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* nº 147:785.

O Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, também aponta como possível finalidade da desapropriação a preservação e a conservação dos monumentos históricos e artísticos.

O tombamento, na definição de Maria Coeli Simões Pires, é

> o ato final de um procedimento administrativo, resultante do poder discricionário da Administração, por via do qual o Poder Público institui uma servidão administrativa, traduzida na incidência de regime especial de proteção sobre determinado bem, em razão de suas características especiais, integrando-se em sua gestão com a finalidade de atender ao interesse coletivo de preservação cultural (in *Da proteção do patrimônio cultural*. Ed. Del Rey, 1994, p. 278).

Assim, um bem de valor histórico, cultural ou artístico deve ser tombado e resguardado como de interesse público, sendo crime a sua destruição ou deterioração.

É verdade que, no caso, o imóvel ainda não foi tombado. Entretanto, já está solicitado o

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 310

tombamento, cuja finalidade é a preservação cultural, sendo irrelevante ter o agravante adquirido o bem antes ou depois do processo administrativo.

Independentemente do tombamento, o patrimônio cultural e histórico merece proteção, e, neste caso, ainda que precária, até definitiva solução da questão em exame, essa proteção, se não for dada, inviabilizará qualquer ação futura, pois a demolição é irreversível. Todas as formas de acautelamento e preservação podem ser tomadas pelo Judiciário, na sua função geral de cautela.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

> Ementa: Administrativo - Imóvel considerado de valor histórico e cultural - Tombamento provisório - Ausência de direito líquido e certo. - A existência de procedimento administrativo para o tombamento do imóvel do impetrante inviabiliza a demolição de seu bem, visto que o tombamento provisório se equipara ao definitivo, nos termos do art. 10, § 1º, do Decreto-lei 25/37, não havendo falar em direito líquido e certo (Apelação Cível / Reexame Necessário n° 1.0480.05.073268-8/002 - Comarca de Patos de Minas - Relator: Exmo. Sr. Des. Edilson Fernandes - 6ª Câmara Cível - j. em 12.12.2006).

O direito de propriedade, enfim, é hoje limitado - e não absoluto -, devendo ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, visando, entre outros objetivos, à preservação do patrimônio histórico e artístico, além da proteção do meio ambiente.

Aqui, o *periculum* inverso é muito mais forte, pois, demolida a casa, a questão perde qualquer interesse prático.

Apesar disso, a demora da Administração em decidir sobre o tombamento e o eventual prejuízo suportado, no período, pelo agravante não legitimam a ordem judicial extrema para demolição do imóvel.

Assim, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo agravante.

A função geral de cautela está prevista não só no Código de Processo, como também no art. 216, § 1º, da Constituição Federal, citado pelo próprio agravante, segundo o qual "o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação", ou seja, qualquer forma de acautelamento e preservação, e existe lei genérica quando prevê o poder geral de cautela do juiz, no Código de Processo Civil, são formas válidas de proteção do patrimônio cultural. O tombamento, hoje, é apenas uma das formas; nem mesmo é a forma mais usada para proteção do patrimônio histórico.

Nego provimento ao recurso.

A Srª. Desª. Heloísa Combat - Sr. Presidente. Estive atenta à substanciosa sustentação oral produzida da tribuna, conquanto muito relevantes os argumentos lançados. Registro que recebi memorial por parte do agravante e lhe dei a devida atenção.

Acompanho o douto Relator, porque, realmente, não havia outra solução, neste momento processual, a não ser a preservação, provisória que seja, do imóvel, porque seria irreversível, se ele fosse derrubado, e, então, nada mais haveria a fazer, não merecendo, portanto, a decisão qualquer reparo.

O Sr. Des. Alvim Soares - De acordo com os votos precedentes.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 311

INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - ADVOGADO-CAPACIDADE POSTULATÓRIA - PERDA - NOVO PROCURADOR - RATIFICAÇÃO DE ATOS - NULIDADE ABSOLUTA DO FEITO - INEXISTÊNCIA - PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL - PREVALÊNCIA

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Acidente automobilístico. Condução do processo por advogado suspenso nos quadros da OAB. Constituição de novo procurador. Ratificação dos atos praticados. Nulidade absoluta do feito. Inexistência. Prevalência dos princípios da economia processual, celeridade, instrumentalidade das formas, *pas de nullité sans grief* e efetividade da tutela jurisdicional.

- Não há que se falar em nulidade absoluta de ação de indenização decorrente de acidente automobilístico, pela condução do feito por advogado suspenso nos quadros da OAB, mormente se houve a constituição de novo procurador que ratificou os atos anteriormente praticados, devendo prevalecer os princípios da instrumentalidade das formas, celeridade, economia processual, *pas de nullité sans grief* e efetividade da tutela jurisdicional.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0433.05.170168-1/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Alexsandro Soares dos Santos - Apelada: Ana Maria Rezende Vieira - Relator: Des. LUCIANO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO CASSANDO A SENTENÇA E DETERMINANDO O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2007. - *Luciano Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelada, a Dr.ª Eliane Simões de Almeida.

O Sr. Des. Luciano Pinto - Alexsandro Soares dos Santos ajuizou ação de indenização em face de Ana Maria Rezende Vieira.

Disse que, em 23 de novembro de 2002, teve seu veículo atingido por veículo de propriedade da ré, conduzido por seu motorista, que adentrou sem a menor precaução na via preferencial em que seu veículo se encontrava, em total desrespeito às normas de sinalização, colidindo com seu veículo.

Alegou terem advindo do evento danoso danos ao seu patrimônio moral e patrimonial e requereu indenização pelos danos morais, materiais e estéticos sofridos.

Indeferido o pedido de justiça gratuita, às f. 31/32.

Contestação de f. 46/62, alegando a ré, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, aduzindo ser terceiro de nome Sr. Hernandes Martins de Freitas, que não é seu preposto, empregado ou filho, o condutor do veículo e responsável pelo acidente, a prejudicial de prescrição, no mérito, aduzindo a existência de culpa exclusiva do autor e a inexistência dos danos pleiteados, afirmando que não houve a incapacidade laborativa do autor, que continua normalmente a exercer sua função pública, requerendo a improcedência da demanda.

Impugnação à contestação de f. 82/84.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 312

Instados a especificar provas (f. 85), a ré pugnou por prova testemunhal, depoimento pessoal do autor, documental e pericial (f. 87), e o autor requereu prova documental, pericial, testemunhal e o depoimento pessoal da requerida (f. 88/89).

Audiência de conciliação de f. 105, sem êxito.

Decisão de f. 106/108, que saneou o feito, rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva, a prejudicial de prescrição e determinou a realização de prova pericial, deferindo a prova testemunhal e o depoimento pessoal das partes.

Agravo retido de f. 110/115, aduzindo a ré a existência de prescrição, requerendo seu reconhecimento por ocasião do julgamento da apelação.

Petição de f. 116, interposta pela ré, requerendo a anulação do processo, por encontrar-se o advogado do autor, desde a época do ajuizamento da ação, suspenso pela OAB, o que acarreta, na forma da lei, a nulidade absoluta de todos os atos por ele praticados no processo.

Decisão de f. 132, determinando a expedição de ofício à OAB para informação da situação do advogado do autor.

Resposta ao ofício de f. 133, informando que o advogado se encontra suspenso.

Dada vista às partes, o autor constituiu novo advogado e ratificou todos os atos feitos no processo, requerendo o indeferimento do pedido de anulação do feito, tendo a ré, às f. 141/145, pleiteado a munutenção do pedido.

Sobreveio sentença, de f. 147/148, que julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, condenando o autor nas custas e honorários sucumbenciais, fixados em 10% sobre o valor da causa, ao argumento de que, nos termos da Lei 8.906/94, em seu art. 4º, são nulos todos os atos praticados por advogado impedido, suspenso, licenciado ou que exerça atividade incompatível com a advocacia, declarando a nulidade da ação desde o seu início.

Daí o presente recurso, insurgindo-se o apelante contra a sentença, requerendo sua reforma, ao argumento de que não se justifica a nulidade do feito, diante da inexistência de prejuízo (*pas de nullité sans grief*), devendo prevalecer o princípio da economia processual.

Contra-razões de f. 167/174, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Vejo que assiste razão ao apelante.

O apelante requer a reforma da sentença ao argumento de que não se justifica a nulidade absoluta do feito, diante da inexistência de prejuízo para as partes (*pas de nullité sans grief*), devendo prevalecer o princípio da economia processual, não podendo ser penalizado por irregularidade cometida por terceiro.

Estou que não há que se falar em nulidade absoluta do presente feito pela sua condução por advogado suspenso nos quadros da OAB, mormente porque houve a constituição de novo procurador (f. 137/139), que ratificou os atos anteriormente praticados, devendo prevalecer os princípios da instrumentalidade das formas, celeridade, economia processual, *pas de nullité sans grief* e efetividade da tutela jurisdicional.

A propósito, vejam-se os escólios de Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouveia, em seu *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 37. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p.128: “Não se decreta a nulidade dos atos praticados por advogado afastado do exercício profissional, se forem ratificados por novo procurador constituído nos autos e da irregularidade processual não adveio prejuízo a qualquer das partes” (STJ - 2ª Turma - REsp 449/627 - Rel.ª Min.ª Eliana Calmon).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 313

A capacidade postulatória é uma das condições da ação, e a regularidade da representação processual é aferida com base nos preceitos dos arts. 36 a 38 do CPC. Nesse sentido, dispõe a primeira parte do art. 36 do CPC que a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado (*jus postulandi*).

Considera-se advogado legalmente habilitado a pessoa regularmente inscrita como tal na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por força do que dispõem os arts. 3º e 4º da Lei n° 8.906/94 (Estatuto da OAB).

Debalde o art. 4º do Estatuto da OAB disponha que são nulos os atos praticados por pessoa não inscrita na OAB ou por advogado impedido, suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia, a meu aviso, o defeito do *jus postulandi* não acarreta a nulidade absoluta do ato processual ou mesmo de todo o processo, sendo possível ser sanado.

Nos termos do art. 13 do CPC, verificando a incapacidade ou irregularidade de representação das partes, o magistrado deve suspender o processo, intimar a parte e marcar prazo razoável para ser sanado o defeito. De tal norma se infere que se considera o defeito da representação mera irregularidade, isto é, um vício sanável. Primeiro, porque não compromete o ordenamento jurídico; segundo, porque não prejudica nenhum interesse público, nem o interesse da outra parte; e, terceiro, porque o direito da parte representada não pode ser prejudicado por esse tipo de falha do seu advogado. A nulidade só advirá se, cabendo à parte reparar o defeito ou suprir a omissão, não o fizer no prazo marcado, o que não ocorreu nesta seara.

A determinação da regularização processual vai ao encontro da prevalência dos princípios da instrumentalidade das formas, da celeridade, da economia e da efetividade processuais.

Dessa feita, a extinção do processo, por incapacidade ou irregularidade de representação das partes, sem a prévia intimação da parte, não condiz com a função instrumental do processo, com a busca por sua efetividade.

Nesse sentido:

> Recurso especial. Processo civil. Irregularidade de representação processual. Ato praticado por advogado suspenso temporariamente da OAB. Nulidade sanável. Extinção do processo com fundamento no art. 267, IV, do CPC. Necessidade de prévia intimação da parte para regularização. Exegese dos arts. 13 e 36 do CPC e do art. 4° da Lei n° 8.906/94 (Estatuto da OAB).
> - Embora o art. 4° do Estatuto da OAB disponha que são nulos os atos praticados por pessoa não inscrita na OAB ou por advogado impedido, suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia; o defeito de representação processual não acarreta, de imediato, a nulidade absoluta do ato processual ou mesmo de todo o processo, porquanto tal defeito é sanável nos termos dos arts. 13 e 36 do CPC. Primeiro, porque isso não compromete o ordenamento jurídico; segundo, porque não prejudica nenhum interesse público, nem o interesse da outra parte; e, terceiro, porque o direito da parte representada não pode ser prejudicado por esse tipo de falha do seu advogado. A nulidade só advirá se, cabendo à parte reparar o defeito ou suprir a omissão, não o fizer no prazo marcado.
> - Se a parte comparece a juízo não representada por advogado habilitado, ou se este, no curso do processo, perde a capacidade postulatória (por impedimento, licença, suspensão ou exclusão da OAB), ou renuncia ao mandato, ou morre, o juiz deve, antes de extinguir o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, por irregularidade de representação processual, intimar a parte para que, no prazo por ele estipulado: (i) constitua novo patrono legalmente habilitado a procurar em juízo; ou (ii) já havendo outro advogado legalmente habilitado, que este ratifique os atos praticados pelo procurador inabilitado.
> - Recurso especial provido (STJ - REsp 833.342/RS - 3ª Turma - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi).

Isso posto, dou provimento ao recurso, casso a sentença e determino o regular prosseguimento do feito.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 314

Custas, *ex lege*.

É o meu voto.

A Sr.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino - De acordo.

O Sr. Des. Lucas Pereira - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO CASSANDO A SENTENÇA E DETERMINANDO O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

-:::-

TAXA DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DE MINAS GERAIS - LEI ESTADUAL Nº 14.940/03 - CONSTITUCIONALIDADE - ORIENTAÇÃO DO STF - MÉTODO QUANTITATIVO - PROPORCIONALIDADE E RETRIBUTIVIDADE - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - BITRIBUTAÇÃO - NÃO-CONFIGURAÇÃO

Ementa: Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental do Estado de Minas Gerais (TFAMG). Lei Estadual nº 14.940/03. Constitucionalidade. Orientação do STF. Método quantitativo. Atividade potencialmente poluidora. Nível. Bitributação. Não-configuração.

- Conforme orientação do STF, a conclusão é de que a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental do Estado de Minas Gerais (TFAMG) não é ilegal nem inconstitucional.

- Conforme os princípios constitucionais da proporcionalidade e da retributividade, a base de cálculo da TFAMG oscila tendo em vista o potencial da poluição, o nível de uso de recursos naturais e o tamanho do empreendimento fiscalizado.

- Considerando a competência comum dos Estados para instituir taxas que remunerem o tipo de serviço público ora discutido, consubstanciado no poder de polícia, não há que se falar em bitributação.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0672.05.187858-1/002 - Comarca de Sete Lagoas - Apelantes: Rede Gusa Indústria e Comércio Ltda. e outra - Apelado: Chefe da Administração Fazendária da SEF/MG em Sete Lagoas - Relator: Des. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2007. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por Rede Gusa Indústria e Comércio Ltda. e Coirba Siderurgia Ltda. contra ato do Chefe da Administração Fazendária da SEF/MG em Sete Lagoas, pretendendo a sus-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 315

pensão da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental do Estado de Minas Gerais (TFAMG), instituída pela Lei Estadual nº 14.940/03.

Alegaram que tal exação é inconstitucional, ao argumento de que a base de cálculo da TFAMG leva em consideração o porte da empresa (se micro, pequeno, médio ou grande); que o art. 150, II, da CF consagra o princípio da isonomia, segundo o qual não pode haver taxação diferenciada entre contribuintes com a mesma situação jurídica; que o parágrafo único do art. 77 do CTN veda que a taxa seja calculada em função do capital das empresas (porte econômico); que a Lei Estadual nº 14.940/03 não definiu a base de cálculo, mas apenas dividiu as empresas em "portes"; que o fato gerador da taxa estadual é o mesmo da taxa federal, instituída pela Lei nº 10.165/00, incorrendo em *bis in idem*, no que concerne a 40% do tributo.

Nas informações, a autoridade coatora, quanto ao mérito, assevera que a base de cálculo como definida na Lei Estadual nº 14.940/03 não fere o princípio da isonomia, pois atende aos princípios da proporcionalidade e retributividade; que não há falar em dupla tributação, porquanto a CF atribui competência corrente para legislar sobre matéria ambiental, cabendo ao IBAMA apenas a fiscalização de atividades de impacto regional ou nacional.

Ao final, requereram a concessão de liminar, bem como a confirmação da ordem, afastando-se em definitivo a exigência da cobrança do aludido tributo.

O MM. Juiz de primeiro grau indeferiu a liminar e denegou a segurança.

Foi aviada apelação pelas impetrantes, f. 93/102, requerendo a reforma da sentença, repisando as razões articuladas na inicial.

Contra-razões, f. 130/147.

Penso que não assiste razão aos apelantes.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, com a finalidade de obter ordem determinando às autoridades coatoras de se absterem de exigir dos ora recorrentes o pagamento da Taxa de Fiscalização Ambiental de Minas Gerais - TFAMG, instituída pela Lei Estadual nº 14.490/03, bem como seja determinado que se abstenha de medidas comissivas ou punitivas decorrentes de seu não-recolhimento.

O Pleno do STF, ao apreciar a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental (TCFA) do IBAMA, instituída pela Lei nº 10.165/2000, entendeu pela sua constitucionalidade.

Em seu voto condutor no RE 416601/DF, o Ministro Carlos Velloso, com base em parecer de Sacha Calmon e na doutrina de Ives Gandra, entendeu que o cálculo do valor da TCFA do IBAMA, em razão do potencial de poluição e grau de utilização de recursos naturais e o porte das empresas, atende aos princípios da proporcionalidade e retributividade, mensurando o exercício do poder de polícia na medida do humanamente possível.

Desse modo, como a Lei nº 14.940/2003, que instituiu a TFAMG, é, *mutatis mutandis*, a reprodução da Lei nº 10.165/2000, penso que não há que se falar em sua inconstitucionalidade, diante do posicionamento do STF em caso análogo.

Nessa mesma linha de raciocínio, não há respaldo para se considerar inconstitucional a lei que instituiu a TFAMG, no que tange a sua base de cálculo, pois os princípios da proporcionalidade e da retributividade estão previstos na legislação no momento em que dispõe a respeito da variação existente entre empresa de pequeno, médio ou grande porte.

Isso porque o potencial da poluição será em maior ou menor nível, conforme o tamanho da empresa, ou seja, uma empresa de menor porte necessitará de menor nível de recursos naturais, pois o empreendimento será menor em razão de sua menor força financeira. Quanto maior a empresa, maior o empreendimento (em razão de sua maior força financeira)

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 316

e, conseqüentemente, maior o nível de utilização de recursos naturais. Logicamente, o valor da taxa a ser paga será mais elevado.

Por outro lado, é sabido que a taxa tem seu fato gerador vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, ou seja, ao exercício do poder de polícia.

Nessa esteira, entende-se que a taxa é a referibilidade da atividade estatal ao obrigado.

O art. 145, II, da CF prevê que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição".

Segundo o art. 78 do CTN,

> considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Publico, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Considerando a legislação tributária aplicável à espécie, não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na norma que prevê o pagamento de taxa de fiscalização ambiental, pois a sua incidência é decorrente do poder de polícia para controlar e fiscalizar atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais, daí a diferenciação no concernente ao valor cobrado de cada contribuinte.

Mais uma razão que fundamenta o poder de polícia no presente caso é o interesse público e a defesa do meio ambiente. O interesse público no sentido de que se assegura aos indivíduos o direito à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos. Meio ambiente no sentido de se tratar de atividade potencialmente poluidora com a necessidade de obtenção de recursos naturais.

Por outro lado, não restou caracterizada nos autos a alegada bitributação. É que a legitimidade para cobrança das taxas de controle e fiscalização ambiental florestal decorre da competência concorrente do Estado para legislar sobre proteção ambiental, nos termos do art. 24, inciso VI, da CF.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, anorma do art. 214, § 5º, da Constituição Estadual, dispõe que "a conduta e a atividade consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão o infrator, pessoa física ou jurídica, a sanções administrativas, sem prejuízo das obrigações de reparar o dano e das cominações penais cabíveis", norma que reproduziu o § 3º do art. 225 da Constituição Federal.

Assim, possuindo o Estado competência concorrente para legislar sobre proteção ao meio ambiente, lícita é, através de seu órgão de proteção ambiental, a cobrança das taxas e multas impostas no âmbito de suas atribuições legais. Nesse contexto, na há que se falar em bitributação, uma vez que, cada órgão, no exercício de sua parcela de competência, tributa em razão do poder de polícia que exerce.

Embasando-se em tal permissivo, o Estado de Minas Gerais editou a Lei Estadual nº 14.940/03, na qual foi instituída, especificamente em seu art. 6º, a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TFAMG -, cujo fato gerador é "o exercício regular do poder de polícia conferido à FEAM e ao IEF para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recurso natural".

O Estado pode exercer poder de polícia sobre as atividades que venham a interferir no meio ambiente, sendo que, no âmbito do Estado de Minas Gerais, existem órgãos cujas

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 317

funções precípuas são, exatamente, tal fiscalização, tais como a FEAM e o IEF, razão pela qual não vislumbro qualquer mácula na instituição da referida taxa. Tanto que, nos termos da norma do art. 7º da referida Lei Estadual nº 14.940/03, o "contribuinte da TFAMG é aquele que exerce as atividades constantes no Anexo I, sob a fiscalização da FEAM, ou as atividades constantes no Anexo II, sob a fiscalização do IEF, ambos desta Lei".

Por conseguinte, a alegação de bitributação, ao argumento de que já foi instituída, em âmbito federal, taxa de fiscalização ambiental devida ao IBAMA, não merece prosperar, em face do que dispõe a norma do art. 14 da Lei Estadual nº 14.940/03, *in verbis*:

> Art. 14 - Os valores pagos a título de TFAMG constituem crédito para compensação com o valor devido ao IBAMA a título de Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA, até o limite de 60% (sessenta por cento) e relativamente ao mesmo ano, nos termos do art. 17-P da Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, acrescido pela Lei Federal nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000.

É que o poder de polícia exercido pelo Ibama, como órgão federal, integrante do Sisnama (Sistema Nacional do Meio Ambiente) e o poder de polícia exercido pelos órgãos estaduais também integrantes do Sisnama são distintos, em razão de que o Ibama tem competência supletiva, no âmbito nacional ou regional (art. 10, *caput* e § 4º, da Lei nº 6.938/81). Se as competências atribuídas a cada órgão são distintas, podem e devem instituir as suas respectivas taxas, exercendo o poder-dever insculpido no art. 145, II, da CF.

Em conclusão, ao contrário do que afirmam os autores, tenho que a instituição da TFAMG não feriu a CF nem mesmo o art. 77, parágrafo único, do CTN, uma vez que não adotou como base de cálculo o capital das empresas, uma vez que, como se vê do Anexo III da Lei 14.940/2003, é cobrada em valor fixo, segundo o porte da empresa (receita bruta anual), levando-se em consideração o potencial de poluição e o grau de utilização de recursos ambientais.

Para melhor elucidação da questão, trago à colação, a título de exemplo, ementas de alguns julgados do STF:

> Constitucional - Tributário - Ibama - Taxa de Fiscalização. Lei 6.938/81, com a redação dada pela Lei nº 10.165/2000, arts. 17-B, 17-C, 17-D e 17-G. CF, art. 145, II. 1) Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA do Ibama: Lei 6.938, com a redação dada pela Lei 10.165/2000: constitucionalidade. 2) RE conhecido, em parte, e não provido (RE 416.601-1/DF Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, votação unânime).

> Ementa: Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA - instituída pela L. 6.938/81, na redação dada pela Lei 10.165/00: constitucionalidade da exação conforme entendimento do Supremo Tribunal (cf. RE 416.601, de 10.8.2005, Carlos Velloso, Inf./STF 396). A não-publicação do acórdão do precedente não impede a emissão de juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário, sendo necessário, apenas, que a tese dos recorrentes esteja em confronto com a jurisprudência predominante no Tribunal (Código de Processo Civil, art. 557, *caput*; RISTF, art. 21, § 1º): precedentes (AgRRE 227.221, Celso de Mello, *DJ* de 19.05.2000; AgRRE 248.880, Ellen Gracie, *DJ* de 18.05.2001) (STF - Primeira Turma, RE-AgR 460066/RS, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 28.03.2006, publicação no *DJ* de 28.04.2006).

> Agravo regimental. Recurso extraordinário. Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA. Ibama. - 1. O Plenário desta Casa, ao julgar o RE 416.601, reconheceu a constitucionalidade da TCFA, instituída pela Lei 10.165/00, que deu nova redação a artigos da Lei 6.938/81. - 2. Agravo regimental improvido. (Segunda Turma, RE-AgR/PR, Agravo Regimental no Recurso Extradordinário, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 21.03.2006, publicação no *DJ* de 20.04.2006).

A propósito, já decidiu este TJMG que:

> Direito tributário. Taxa de Fiscalização Ambiental de Minas Gerais. Lei Estadual nº 14.940/03. Constitucionalidade. Orientação do

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 318

colendo STF. Método quantitativo. Atividade potencialmente poluidora. Nível. Bitributação. Não-verificação. - Conforme orientações dos Tribunais Superiores, a conclusão é de que não é ilegal e inconstitucional a Taxa de Controle de Fiscalização Ambiental - TCFA. - Conforme aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da retributividade, a base de cálculo da Taxa de Fiscalização Ambiental oscila tendo em vista o potencial da poluição, o nível de uso de recursos naturais e o tamanho do empreendimento fiscalizado. Considerando a competência comum dos Estados para instituir taxas que remunerem o tipo de serviço público ora discutido, consubstanciado no poder de polícia, não há que se falar em bitributação, pois não há *bis in idem* (Apelação Cível nº 1.0024.05.864728-0/001 - Relator Des. Antônio Sérvulo).

Assim, a TFAMG não é ilegal nem inconstitucional. Ressalte-se que, para ser protegido por via de mandado de segurança, o direito invocado deve estar revestido de liquidez e certeza, as quais não foram demonstradas na espécie.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo, pois, incólume a r. sentença.

Custas, pelas apelantes.

Sem honorários. Súmula 512 do STF. Súmula 105 do STJ.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Wander Marotta e Belizário de Lacerda.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RESCISÃO CONTRATUAL - PERDAS E DANOS - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - PETIÇÃO INICIAL - INÉPCIA - NÃO-CARATERIZAÇÃO - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - INEXISTÊNCIA - POSTO DE COMBUSTÍVEL - SERVIÇOS AFINS - CONTRATO DE ARRENDAMENTO - OBRIGAÇÕES - DESCUMPRIMENTO - *PACTA SUNT SERVANDA* - VIOLAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - POSSIBILIDADE - SUCUMBÊNCIA - FIXAÇÃO

Ementa: Apelação. Ação de resolução de contrato. Inépcia e impossibilidade jurídica do pedido não caracterizadas. Arrendamento de posto de combustível. Descumprimento de obrigações com a fornecedora de combustível. *Pacta sunt servanda*. Reintegração de posse. Possibilidade.

- A inépcia da petição inicial somente deve ser acolhida "quando o vício apresenta tal gravidade que impossibilite a defesa do réu, ou a própria prestação jurisdicional".

- Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido quando o pedido encontra pleno respaldo nas regras contratuais estabelecidas no Código Civil.

- Apesar da similitude entre os vocábulos locação e arrendamento, não é aplicável a Lei nº 8.245/91 indistintamente a um e outro. Para se aplicar a lei de locação, o objeto do contrato deve ser um imóvel. Já no caso do arrendamento, o contrato pode prever outras circunstâncias que importam na possibilidade de resolução imediata da avença.

- Tendo as partes assinado o contrato dentro dos limites de sua autonomia, não podem, quando inadimplentes, tentar contornar o princípio *pacta sunt servanda* sob o pretexto de supostas ilegalidades no instrumento.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 319

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0702.05.228444-6/005 - Comarca de Uberlândia - Apelante: KDS Comércio de Petróleo Ltda. - Apelado: Posto Jarana Ltda. - 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 REJEITAR PRELIMINARES. DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 2 de maio de 2007. - *Nilo Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo, que, após a sustentação, fez o seguinte requerimento:

> Requeiro a V. Ex.as, neste momento, que, em antecipação de tutela, que é permitido, inclusive, em segunda instância, seja deferido e comunicado ao MM. Juiz *a quo* para que cumpra, inclusive, a reintegração de posse imediata até hoje não cumprida, por questão de coerência e de respeito às coisas da justiça. Pela confirmação da sentença de primeiro grau, pela sua justiça e pelo deferimento que se requer aqui agora da tutela antecipada, já inclusive deferida no julgamento do agravo e até hoje não cumprida, para que seja feita a costumeira justiça. Obrigado.

O Sr. Des. Nilo Lacerda - Acho que deveríamos julgar antes esse requerimento feito da tribuna com relação à tutela antecipada para reintegração de posse que já teria sido dada em primeira instância e confirmada no agravo de instrumento sob o qual pende um recurso.

Entendo que o momento não é oportuno para julgamento, pelo menos em princípio, dessa questão suscitada em relação à antecipação de tutela, uma vez que, se ela foi deferida em primeira instância e confirmada a antecipação dessa tutela pelo Tribunal, e estando pendente o recurso no agravo de instrumento de um agravo de instrumento para tentar destrancar a decisão que negou seguimento, trancou o recurso especial, a questão deve ser resolvida através de um requerimento ao juízo de primeiro grau, uma vez que é sabido por todos que o agravo de instrumento não tem o poder de suspender a decisão proferida. Então, a mim me parece que deve ser remetida a decisão para o juiz de 1º grau.

O Sr. Des. Alvimar de Ávila - Com o Relator.

O Sr. Des. Saldanha da Fonseca - Até porque também a antecipação de tutela exigiria, de nossa parte, um melhor exame das condições para o seu deferimento, daí por que eu acompanho o Desembargador Relator.

O Sr. Des. Nilo Lacerda - Então, fica indeferido o requerimento.

Eu ouvi com atenção as palavras dos ilustres oradores, Dr. Gustavo França e Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo, que usaram a tribuna brilhantemente, como sempre.

Em juízo de admissibilidade, conheço do recurso. Próprio, tempestivo, regularmente processado e preparado.

Trata-se de recurso de apelação aviado contra a sentença de f. 168/172, que julgou procedente o pedido de rescisão contratual cumulado com perdas e danos e cobrança de multa formulado pelo Posto Jarana Ltda. em face de KDS Comércio de Petróleo Ltda.

Na r. sentença atacada, o MM. Juiz *a quo* entendeu que a matéria discutida nos autos é unicamente de direito e, portanto, possível o julgamento antecipado da lide. Refutou as alegações da apelante no sentido de que a relação havida entre as partes era locatícia, em face da ausência de provas nesse sentido. Então, en-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 320

tendendo pela validade do contrato de arrendamento firmado entre as partes, verificou o descumprimento contratual por parte da apelante, pois não foi cumprida a exclusividade da bandeira Texaco na venda de combustíveis por parte da apelante. Além disso, ressalta que a prova da alegação de que o cadastro da ANP mostra que a apelante tinha autorização para a utilização de bandeira branca não inspira credibilidade. Diante disso, indeferindo a pretensão de indenização por perdas e danos, julgou procedente o pedido de reintegração de posse e de rescisão contratual, condenando a apelante ao pagamento da multa de 20%, nos termos do contrato, a ser liquidado posteriormente. Condenou, ainda, a apelante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos arbitrados em R$ 6.000,00 (seis mil reais).

Pelas razões de f. 194/234, a apelante busca a reforma da decisão proferida, preliminarmente requerendo o reconhecimento de inépcia da petição inicial, por falta de causa de pedir e pela narração dos fatos não decorrer logicamente de uma conclusão. Ainda em sede de preliminares, pugna pelo reconhecimento de carência da ação da apelada, em face da impossibilidade jurídica do seu pedido. Aduz, ainda, que houve cerceamento de defesa, porquanto houve julgamento antecipado da lide, mesmo havendo pedido de produção de provas.

No mérito, aduz que o contrato firmado entre as partes é, na realidade, um contrato de locação. Além disso, tece comentários acerca da similitude entre os contratos de locação e de arrendamento, aduzindo que não há diferenciação prática entre os dois. Alega, ainda, que não pode o apelado requerer a rescisão de contrato com base em cláusula contratual nula, que oculta encargos abusivos e sua potestatividade. Ademais, entende que a antecipação de tutela para a reintegração de posse deferida liminarmente no início do processo foi abusiva, porquanto posteriormente revogada por este Tribunal, razão pela qual requer indenização pelos prejuízos sofridos. Aduz que o documento produzido pela Texaco foi encomendado pelo apelado com o intuito de instruir o processo. Entende que o contrato de locação se perfaz apenas com a entrega do bem para o uso do locatário e com o pagamento do preço estipulado pelo locatário, restando, assim, satisfatoriamente cumprido. Aduz que a cláusula que determina o cumprimento do contrato de exclusividade com a Texaco não permite que o seu eventual descumprimento influencie no pacto locatício. Mesmo que assim não fosse, entende que o contrato se encontraria vencido. Por fim, entende que houve sucumbência recíproca no caso em tela, pois os pedidos de indenização por perdas e danos foram indeferidos, devendo ser reduzida a verba honorária fixada.

Contra-razões apresentadas às f. 238/248.

Preliminar de inépcia da petição inicial.

Inicialmente, alega a apelante que a petição inicial é absolutamente inepta. Aduz que a ação para que o locador possa reaver do locatário o imóvel, em qualquer ocasião, é a de despejo. Dessa forma, a via eleita pelo apelado seria imprópria.

Contudo, como se extrai dos autos, o contrato firmado entre as partes é de arrendamento, com regras específicas atinentes ao negócio firmado, de intermediação da compra de combustíveis.

Logo, não há que se falar em inépcia da inicial. Aliás, esta, de acordo com o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, somente deve ser acolhida "quando o vício apresenta tal gravidade que impossibilite a defesa do réu, ou a própria prestação jurisdicional" (STJ, 3ª Turma, REsp nº 193.100/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 15.10.01, *DJU* de 04.02.02, p. 345, citado por NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor,* 38. ed. Saraiva: 2006, p. 416).

A análise dos autos, contudo, revela que a petição inicial preenche, satisfatoriamente, os requisitos do art. 282 do CPC, sendo que o mo-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 321

do como foram narrados os fatos não importou, em momento algum, em qualquer dificuldade para que o apelante produzisse sua defesa e tampouco para que fosse proferida decisão de mérito acerca da matéria debatida, já que foi reconhecida a validade da relação jurídica advinda do contrato de arrendamento no caso em tela.

Assim, rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Alvimar de Ávila - Também rejeito.

O Sr. Des. Saldanha da Fonseca - Rejeito.

O Sr. Des. Nilo Lacerda - Preliminar de carência da ação.

Ainda preliminarmente, aduz a apelante preliminar de carência da ação, pois o pedido do autor seria juridicamente impossível, já que, para o caso em tela, estaria prevista no ordenamento jurídico pátrio a ação de despejo, nos termos da Lei nº 8.245/91.

Mais uma vez sem razão a apelante. O pleito formulado pelo autor, ora apelado, encontra pleno respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, já que busca a resolução de um contrato de arrendamento em virtude do inadimplemento das prestações da parte contrária. Como conseqüência de seu pedido, pleiteia a possível reintegração da posse no imóvel arrendado. Logo, verifica-se que o pedido não é juridicamente impossível, estando de pleno acordo com a sistemática do Código Civil, devendo a análise do mérito dirimir a controvérsia.

Portanto, rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Alvimar de Ávila - Com o Relator.

O Sr. Des. Saldanha da Fonseca - Rejeito.

O Sr. Des. Nilo Lacerda - Preliminar de cerceamento de defesa.

Alega a apelante, também em sede de preliminar, que o julgamento antecipado da lide teria acarretado cerceamento de seu direito de defesa, visto que entende que seria imprescindível a produção de outras provas capazes de comprovar o seu direito.

O Juízo monocrático, destinatário das provas a serem produzidas, decidiu no sentido de que a matéria sobre a qual versam os autos é eminentemente de direito, não havendo razões para maiores dilações probatórias. Menciona que, nos termos do art. 130 do CPC, o juiz destinatário das provas pode indeferir as diligências inúteis ou desnecessárias à lide.

As provas que a apelante alega ter a intenção de produzir, mencionadas na petição de f. 162/163, procrastinariam o feito, de forma que corretamente indeferidas pelo douto Juiz *a quo*, quando este proferiu a sentença em julgamento antecipado da lide.

A violação contratual resta devidamente comprovada pelos documentos anexados aos autos, bem como não há que se falar que a oitiva de testemunhas teria o condão de desconstituir os contratos assinados entre as partes e anexados aos autos.

Esse o entendimento deste Tribunal, como se extrai dos julgados a seguir:

> Ementa: Embargos do devedor. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência.
> A produção de provas em direito é uma garantia do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, cabendo ao Judiciário, porém, evitar que, sob tal pretexto, o processo se transforme em infindáveis diligências inúteis, máxime quando nele já se encontram todos os elementos necessários ao seguro entendimento da controvérsia (TAMG, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 306.422-6, Rel. Des. Nepomuceno Silva, j. em 16.05.00).
>
> Ementa: Processo civil. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa não caracterizado. Ação de cobrança. Débitos não contestados. Procedência. - Não caracteriza cerceamento de defesa o julgamento anteci-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 322

> pado da lide, quando o réu não nega sua condição de devedor dos valores cobrados. As irregularidades administrativas alegadas não invalidam a cobrança, já que, ainda que existentes, a infração seria da Administração Pública, não tendo o condão de neutralizar o direito creditório da apelada. Preliminar rejeitada. Apelação improvida (TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0686.05.145241-1/001, Rel. Des. Cláudio Costa, j. em 09.03.06).

Dessa forma, não vislumbro na hipótese dos autos as alegadas máculas ao princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, como alega a apelante.

Do exposto, rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Alvimar de Ávila - Com os mesmos argumentos descritos pelo Desembargador Relator no voto que acaba de proferir, eu, também, rejeito esta preliminar por não vislumbrar o cerceamento de defesa.

O Sr. Des. Saldanha da Fonseca - De acordo.

O Sr. Des. Nilo Lacerda - No mérito, pugna a apelante insistentemente na tese defensiva de que o contrato firmado entre as partes é um contrato de locação comercial. Sustenta que não há arrendamento de prédio urbano e que os verbetes locação e arrendamento se equivalem.

Não é desarrazoado o entendimento da apelante, no sentido de que se equivalem os termos locação e arrendamento. Convém a citação de De Plácido e Silva (*Vocabulário jurídico*. 24. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 140) do vocábulo arrendamento:

> [...] O arrendamento tem, assim, feição semelhante ao contrato de locação. Na locação, a coisa também se dá para o uso e gozo do locatário, mediante certa retribuição e pelo prazo que se estipular.
> No entanto, o arrendamento se firmou mais especialmente para designar a locação da propriedade imobiliária rústica ou dos prédios não urbanos, reservando-se locação, propriamente, para o contrato de aluguel das casas ou prédios urbanos e o de bens móveis.

A despeito da semelhança entre os vocábulos acima citados, entendo que não é o caso de aplicar-se a lei de locação ao contrato em tela. O contrato firmado no caso dos autos (f. 22/24) não é um contrato de locação não residencial, regulado pelos arts. 51 e seguintes da Lei nº 8.245/91, pois não dispõe unicamente da cessão do local onde se realiza o comércio, mas regula diversas outras questões.

Pela análise do contrato de f. 22/24, verifica-se que o objeto do contrato não é apenas o arrendamento do posto de combustível, mas também de seus serviços afins. Dentre as obrigações da arrendatária, encontram-se a manutenção da bandeira Texaco no posto de combustíveis e o respeito a todas as cláusulas constantes do contrato de promessa de compra e venda mercantil e comodato firmado entre a Texaco do Brasil S.A. e o apelado (f. 15/20).

Verifica-se, portanto, que o contrato não é apenas para que a apelante exerça comércio naquele lugar, no endereço contratado. Envolve uma série de outras obrigações constantes do contrato em vigor entre o apelado e a Texaco do Brasil S.A. (f. 15/20). Ou seja, o contrato de arrendamento tem por objeto o comprometimento da arrendatária às cláusulas e condições de fornecimento de petróleo e, repita-se, do contrato firmado entre o apelado e a Texaco do Brasil S.A. (f. 15/20).

Portanto, a violação do contrato não importa em direito à ação de despejo, porquanto o que se busca no caso presente não é a reobtenção da posse direta do bem. O que se busca no presente caso é o restabelecimento no posto de combustíveis, objeto do presente debate, das regras do contrato de promessa de compra e venda e comodato acima citado.

Ora, caso o apelado simplesmente deixasse que a apelante descumprisse o contrato de comodato seria responsabilizado pela Texaco do Brasil S.A. pelo inadimplemento das obrigações contratuais. A notificação de f. 27/30

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 323

comprova que a Texaco do Brasil S.A. buscava a proteção de seus direitos, pois o fornecimento de produtos deveria ser exclusivo naquele posto de combustível, nos termos do contrato firmado com o apelado.

O documento de f. 31 contém o mesmo entendimento, revelando que o contrato de comodato havia sido descumprido desde outubro de 2004.

O contrato de arrendamento de f. 22/24 previu, no § 1º de sua cláusula segunda, o seguinte: "A arrendatária se compromete a cumprir e respeitar todas as cláusulas e condições de fornecimento de petróleo, bem como do Contrato de Comodato, firmado entre a Texaco do Brasil S.A. Produtos Petróleo e a arrendadora, apesar do mesmo estar vencido algum tempo". (*sic*).

A própria cláusula prevê que aquelas regras anteriormente estabelecidas deveriam ser obedecidas, mesmo que o contrato eventualmente não estivesse mais em vigor, razão pela qual o descumprimento resta patente. Vale lembrar que ambas as partes assinaram o contrato dentro da autonomia de suas vontades, não podendo, no momento do inadimplemento, violar o princípio *pacta sunt servanda* sob o pretexto de supostas ilegalidades no instrumento.

Lado outro, as provas produzidas nos autos corroboram a tese exposta na r. sentença de primeiro grau. As fotos de f. 38/41 demonstram que o posto de combustíveis não mais ostenta a marca "Texaco", aparentemente apagada voluntariamente do toldo. A nota fiscal de f. 136, juntada pela própria apelante, demonstra que houve compra de combustíveis de fontes outras que não da Texaco do Brasil S.A.

Além disso, como bem salientou o douto Juiz primevo, não se pode conferir qualquer credibilidade ao documento de f. 147 no sentido de que estaria a apelante autorizada a comercializar combustíveis provenientes de qualquer "bandeira", por identificar-se como "bandeira branca". Tal documento é mera cópia de uma ficha de atualização cadastral junto à ANP, sem qualquer autenticação ou assinatura, que vai de encontro a todas as demais provas dos autos.

Portanto, não há como prevalecerem as teses sustentadas no longo apelo aviado, no sentido de que não houve descumprimento contratual.

Todavia, assiste parcial razão à apelante no que se refere à sucumbência no caso em tela, pois o pedido de indenização por perdas e danos foi julgado improcedente.

Na realidade, os autos carecem de comprovação de qualquer perda por parte do apelado, devendo ser ressaltado, ainda, que, quanto a isso, a decisão já transitou em julgado por não haver recurso.

No entanto, o MM. Juiz *a quo* não julgou o feito parcialmente procedente como seria correto, dividindo-se os ônus sucumbenciais.

Por essa razão, reformo a r. sentença apenas no que se refere a seu dispositivo, que deve prever a parcial procedência do pedido, com a atribuição de 10% das custas processuais e honorários advocatícios ao apelado, restando os demais 90% a cargo do apelante.

Logo, rejeito as preliminares argüidas e dou parcial provimento à apelação, para reformar a r. sentença no que se refere à verba sucumbencial, atribuindo 90% das custas e honorários advocatícios à apelante e 10% ao apelado, mantendo integralmente a r. sentença recorrida em seus demais aspectos, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais divididas pelas partes, 90% pelo apelante e 10% pelo apelado.

O Sr. Des. Alvimar de Ávila - Sr. Presidente, da análise que fiz dos autos, chamou-me a atenção o contrato de arrendamento de f. 22 e 24, que V. Ex.ª transcreve no seu voto, no § 1º da cláusula que diz o seguinte: "a arrendatária se compromete a cumprir e respeitar todas as cláusulas e condições de fornecimento de petróleo, bem como do contra-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 324

to de comodato, firmado entre a Texaco do Brasil S.A. Produtos de Petróleo e a arrendadora, apesar do mesmo estar vencido há algum tempo". É o que ouvi da tribuna por parte do ilustre advogado.

Daí por que também estou dando parcial provimento ao recurso, apenas e tão-somente, para reformar a sentença, no que se refere ao provimento parcial, conforme fez V. Ex.ª.

Estou acompanhando V. Ex.ª na integralidade do seu voto e, no que se refere ao pleito feito pelo Posto Jarana, salvo engano, entendo que V. Ex.ª, com os autos, em decisão monocrática, com mais conhecimento sobre a matéria poderá ou não apreciar o pleito feito da tribuna.

É como voto, Sr. Presidente.

O Sr. Des. Saldanha da Fonseca - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES. DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:::-

CONTRATO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - ENSINO SUPERIOR - CLÁUSULA - REVISÃO - PREÇO - PRINCÍPIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA - DIREITO DO CONSUMIDOR - INTERPRETAÇÃO - REPETIÇÃO EM DOBRO - ART. 42 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE

Ementa: Apelação cível. Revisão de cláusula contratual. Prestação de serviços educacionais. Preço. Autonomia universitária. Direito do consumidor. Interpretação harmonizadora. Repetição em dobro. Art. 42 do CDC. Inaplicabilidade.

- A autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades, constitucionalmente garantida, não autoriza a celebração de contratos com cláusulas abusivas.

- É abusiva, por ser iníqua, a cláusula que desvincula o valor da semestralidade do serviço de ensino em que o estudante efetivamente se matriculou, ou seja, do serviço efetivamente prestado, porquanto justo e adequado é que pague apenas pelas disciplinas a serem efetivamente cursadas, conforme apuração do valor da semestralidade dividida pelo número de créditos pertinentes às respectivas matérias.

- Alicerçada a cobrança em cláusula contratual livremente pactuada, não há se falar em aplicação da regra inserta no art. 42 do CDC, porquanto o reconhecimento judicial acerca da abusividade estipulada não é suficiente para caracterizar a má-fé do credor.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0702.05.241806-9/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Centro Universitário do Triângulo - Unitri, mantido pela Associação Salgado de Oliveira - Apelado: Luciano Pioli de Oliveira - Relator: Des. AFRÂNIO VILELA

Acórdão

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

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 325

Belo Horizonte, 16 de maio de 2007. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento pelo apelante o Dr. Daniel da Costa Aromme.

O Sr. Des. Afrânio Vilela - Consta dos autos que as partes celebraram contrato de prestação de serviços de ensino superior, estando o autor matriculado em duas disciplinas relativas ao curso de administração ministrado pela ré, ora apelante (f. 13/14).

Alegando que o valor do curso inclui matérias que não estão sendo efetivamente cursadas, visto que somente restam para conclusão do curso as disciplinas de Contabilidade Empresarial (Cont37) e Administração de Capital de Giro (DAM54), alusivas ao 3º e 6º períodos, respectivamente, o autor ajuizou a presente ação visando à declaração da nulidade daquela cláusula, o que restou acolhido pelo Exmo. Juiz singular, nos moldes da r. sentença de f. 86/93, por via da qual foram declaradas nulas de pleno direito as cláusulas que impuseram o pagamento da totalidade das disciplinas, prevalecendo a obrigação de pagamento apenas daquela que esteja sendo cursada, e determinada a restituição, em dobro do valor efetivamente recebido a maior, referente às disciplinas não cursadas, corrigido monetariamente pelo INPC, a partir do recebimento indevido, e acrescido de juros de mora, a contar da citação. Ao final, condenou a demandada/apelante a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Pela decisão de f. 119 foram acolhidos os embargos declaratórios aviados às f. 95/96, para o fim de arbitrar o montante da verba honorária em R$ 1.000,00 (mil reais), já que omissa a r. sentença nessa parte.

Às f. 121/144, o apelante argumenta, em apertada síntese, que alterar a modalidade de cobrança das mensalidades fere a autonomia conferida pela Lei 9.870/99, afirmando que o valor da mensalidade considera a semestralidade, sendo o mesmo para todos os semestres, não tendo como base o número de disciplinas cursadas nem sua carga horária. Que, ao estabelecer o preço da mensalidade, não colocou o consumidor em desvantagem exagerada, e, se mantida a r. sentença, será quebrada a isonomia contratual, tendo em vista que em contratos anteriores o apelado se beneficiou, porquanto, no decorrer do curso, cursou um excedente de 620 horas-aula, além do estabelecido na grade curricular, sem qualquer acréscimo nas mensalidades. Aduz que possui autonomia para organização didática e definição dos currículos e que na situação em apreço não restou caracterizado o pagamento indevido, não havendo se falar em restituição de qualquer valor. Ao final, insurge-se contra o montante arbitrado a título de honorários advocatícios, pugnando por sua redução.

Em contra-razões, pugna o apelado pela negativa de provimento ao recurso e manutenção da sentença (f. 148/164).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, passando ao exame das razões aduzidas às f. 121/144, apresentadas dentro do prazo legal, desconsideradas aquelas lançadas às f. 98/115 por não abrangerem a matéria decidida em sede de embargos de declaração.

Sem preliminares, passo ao exame do mérito.

Em que pesem os jurídicos argumentos apresentados pelo apelante, entendo que a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades não tem a extensão afirmada.

Dispõe o art. 207 da Constituição Federal que "as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial (...)".

A autonomia didático-científica constitucionalmente prevista guarda relação com a forma e o conteúdo do ensino superior, livre desde que cumpra a finalidade posta no art. 43 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que "estabelece as diretrizes e bases da educação nacional".

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 326

No caso em exame, não se trata de garantir ao apelado o direito à matrícula em disciplinas isoladas, ou seja, a cursar apenas uma das disciplinas do semestre previsto, uma vez que este fato é admitido pelo próprio apelante em seu contrato.

Não há, portanto, interferência na autonomia didático-científica da instituição de ensino.

Também não se discute no caso a autonomia administrativa do centro de ensino superior, uma vez que não tem por objeto as matérias tratadas nos incisos I, IV, V e VII do art. 53 da Lei 9.394/96.

Com efeito, o pedido formulado na inicial não tem o condão de interferir na forma de organização da universidade, alterando sua gestão interna do serviço público prestado.

O argumento aduzido pelo apelante, na verdade, prende-se à autonomia "de gestão financeira e patrimonial", também garantida naquele dispositivo constitucional.

No entanto, a autonomia de gestão financeira e patrimonial não implica absoluta liberdade para estabelecer critérios de cobrança de suas mensalidades que atentem contra o ordenamento jurídico.

A autonomia de gestão financeira e patrimonial, pelo contrário, garante à instituição de ensino superior a independência na formulação de sua proposta didático-científica e administrativa, desde que atendidos os seus próprios pressupostos orçamentários.

É por isso que a Lei 9.870, de 23 de novembro de 1999, que "dispõe sobre o valor total das anuidades escolares", revogando a Lei 8.170, de 17 de janeiro de 1991, deixou de exigir "compatibilização dos preços com os custos, nestes incluídos os tributos e acrescidos da margem de lucro".

Ou seja, estabeleceu regime de liberdade na fixação dos preços, todavia preocupando-se, evidentemente, com a compatibilização dos interesses da instituição de ensino com as normas de proteção e defesa do consumidor.

Aliás, essa perspectiva harmonizadora é essencial à correta interpretação do disposto nos arts. 207 e 170 e do disposto nos arts. 5°, inciso XXXII, e 170, inciso V, todos da Constituição Federal.

No caso em exame, trata-se de operação de compatibilização do poder de livre fixação do preço de serviços educacionais, garantido às universidades pela omissão legislativa na revogação da Lei 8.170/91, e do direito à proteção contratual dada expressamente pela Lei 8.078/90.

A cláusula sexta do contrato (f. 13-v.) estipula que o valor devido no semestre é fixo, "independentemente do número de créditos deferidos no plano de estudo".

Aludida cláusula é abusiva, nos exatos termos do art. 51, inciso IV, da Lei 8.078/90, que dispõe: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade", presumida, conforme seu parágrafo primeiro, exagerada, entre outros casos, a vantagem que se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Um exame detido das provas carreadas aos autos, notadamente a literal representada pelo contrato de f. 13-v., leva à conclusão de que contém norma leonina, que não deve subsistir.

A permanecer o contratado, o autor/apelado estaria obrigado ao pagamento do valor que, obviamente, se destina a cobrir os custos do semestre com todas as disciplinas, quando apenas lhe restam duas para fins de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 327

conclusão do curso, o que deixa patente a abusividade de ser exigido novo pagamento dos mesmos custos já realizados, corroborando o enriquecimento injustificado do apelante, uma vez que estaria recebendo por um serviço não prestado.

Assim, é abusiva, por ser iníqua, a cláusula que desvincula o valor da semestralidade do serviço de ensino em que o estudante efetivamente se matriculou, ou seja, do serviço efetivamente prestado, porquanto justo e adequado é que se pague apenas pelas disciplinas cursadas, conforme apuração do valor da semestralidade dividida pelo número de créditos pertinente às respectivas matérias.

Quanto à alegação de que o apelado teria cursado outras matérias sem que fosse cobrado por isso, não merece prosperar, uma vez que os contratos elaborados pelo apelante se vinculam a cada semestre, não havendo motivo de se analisar o curso todo.

Com relação ao pagamento da primeira prestação, de rigor a devolução do valor pago a maior, na forma simples, porque estando a cobrança alicerçada em cláusula contratual livremente pactuada, entendo inaplicável a regra inserta no art. 42 do CDC, haja vista que o reconhecimento judicial acerca da abusividade estipulada não é suficiente para caracterizar a má-fé do credor.

Por derradeiro, no que se refere ao pedido de redução dos honorários advocatícios, também sem razão o apelante, visto que, em se tratando de sentença desprovida de cunho condenatório, deve ser observado, como foi, o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, para este fim.

Na situação em apreço, conjugadas as disposições constantes dos §§ 3º e 4º do artigo supra-referido, entendo que a verba honorária arbitrada em R$ 1.000,00 (mil reais) não se mostra excessiva, motivo pelo qual a mantenho inalterada.

À luz do exposto, dou parcial provimento ao recurso, tão-somente para afastar a aplicação do art. 42 do CDC, determinando que a devolução da quantia paga a maior seja efetuada de forma simples, mantendo, quanto ao mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante, em conformidade com o parágrafo único do art. 21 do CPC.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS - ATO NOTARIAL - OMISSÃO - DANO MATERIAL - CONFIGURAÇÃO - DEVER DE INDENIZAR - VALOR - DANO MORAL - NÃO-CARACTERIZAÇÃO

Ementa: Ação de indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade civil. Omissão do cartório extrajudicial no ato do registro do imóvel. Danos materiais. Configuração. Dever de indenizar. Valor da indenização. Manutenção da sentença. Danos morais. Inexistência. Mero aborrecimento.

- A negligência de Cartório de Registro de Imóveis consistente na omissão acerca da existência de servidão implica responsabilidade da titular do respectivo cartório extrajudicial, de onde exsurge que se reputa devida a condenação desta ao pagamento de indenização pelos danos materiais suportados pelo alienante em virtude do desfazimento do negócio jurídico celebrado com os adquirentes do terreno alienado.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 328

- Não configura dano moral mero aborrecimento decorrente da negligência na prática de atos próprios de serventia, sendo necessário, para que surja o direito à compensação, que haja intenso abalo psicológico ou à imagem, capaz de agredir a honra e o conceito profissional do suposto ofendido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0145.05.250304-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Maria Amélia de Andrade Fortini Toscano - Apelante adesivo: Cláudio Ferreira Cotta - Apelados: Cláudio Ferreira Cotta, Maria Amélia de Andrade Fortini Toscano - Relator: Des. ELPÍDIO DONIZETTI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES PRINCIPAL E ADESIVA.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2007. - *Elpídio Donizetti* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral pela 1ª apelante o Dr. Marcelo P. Assunção.

O Sr. Des. Elpídio Donizetti - Peço vista dos autos tendo em vista a sustentação oral proferida.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Elpídio Donizetti - Trata-se de apelações interpostas à sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Cláudio Ferreira Cotta em face de Maria Amélia de Andrade Fortini Toscano, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no montante de R$ 82.364,24, acrescido de juros moratórios de 1% ao mês e correção monetária pelos índices do INPC, tudo a partir da citação.

Na sentença (f. 318/323), asseverou o Juiz de primeiro grau que a ré reconhece o equívoco no registro do imóvel descrito na inicial, considerando que a escritura de compra e venda apresentada ao cartório de titularidade da ré para as devidas anotações contém menção expressa à servidão *non aedificandi*, que, todavia, não foi observada no momento do registro do referido bem.

Salientou que inexistem elementos nos autos que indiquem qualquer tentativa fraudulenta por parte do autor no sentido de se enriquecer ilicitamente às custas da omissão cartorária consistente na não-anotação da servidão no registro do imóvel sob litígio (f. 320).

Destacou que a vítima dos fatos descritos na inicial é justamente o autor, que, no momento da aquisição do imóvel, levou ao cartório de titularidade da ré a escritura de compra e venda, instrumento público perfeito e completo. Contudo, ressalvou que, quando da alienação do referido bem, não teve como constatar a omissão no registro, ou pelo menos entendeu que não era exigível que o fizesse, gerando prejuízos que se pretende ressarcir (f. 321).

Acrescentou que não se vê como atribuir responsabilidade ao autor pela omissão praticada pelo cartório, motivo pelo qual a ré deve indenizar os prejuízos causados àquele, ao fundamento de que se demonstrou a presença dos requisitos necessários à responsabilização civil (f. 321).

No que toca ao valor da condenação por danos materiais, observou que sobre os R$ 106.364,24 deve ser decotada a quantia de R$ 24.000,00, ao fundamento de que o imóvel retornou à esfera patrimonial do autor em virtude do desfazimento do negócio jurídico entabulado entre as partes (f. 321).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 329

Em relação aos danos morais, afirmou que "em que pese reconhecer induvidosos os problemas enfrentados pelo requerente, não vejo afetação à sua esfera moral a ensejar a proteção prevista pelo constituinte no art. 5º, X, da Carta Constitucional de 1988" (f. 321).

Inconformada com a sentença, a ré interpôs apelação (f. 333/343), aduzindo, em síntese, que:

a) o autor quedou-se inerte diante da omissão no registro do imóvel em relação ao ônus real existente, beneficiando-se de tal omissão, ao passo que lhe competia exigir que constasse no registro a restrição referente à servidão (f. 335);

b) o autor agiu de forma desonesta, omitindo dolosamente no ato do registro da escritura do imóvel sob litígio a existência de área não edificante no bem (f. 336/337);

c) toda a cadeia de acontecimentos iniciou-se por culpa do procurador constituído pelo autor, que agiu de forma negligente e imprudente, razão pela qual tal omissão deve ser imputada ao mandante, porquanto responde pelos atos praticados pelo mandatário (f. 338/341);

d) no caso de manutenção da sentença, no que toca ao reconhecimento da responsabilização civil da ré, deve-se decotar do valor da condenação o preço do imóvel, bem como as benfeitorias realizadas, perfazendo o total de R$ 96.262,64, considerando-se que o bem foi alienado a terceiro (f. 342).

Por fim, requer o provimento da apelação para reformar a sentença e, por conseguinte, julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial.

O autor apresentou contra-razões (f. 345/356), pugnando pela manutenção da sentença.

A seu turno, o autor interpôs apelação adesiva (f. 357/367), sustentando, exclusivamente, que a culpa pelo erro no registro do imóvel sob litígio é exclusiva do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Juiz de Fora, razão pela qual a titular do referido cartório extrajudicial deve ser responsabilizada pelos danos morais causados ao autor, uma vez que se demonstrou a existência de todos os elementos que ensejam a reparação civil.

A ré apresentou contra-razões (f. 369/373), pugnando pela manutenção da sentença, no que toca ao reconhecimento de que não se demonstrou a existência dos alegados danos materiais supostamente sofridos pelo autor.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço das apelações.

I - Da apelação principal.

Pedi vista dos autos para analisar as questões levantadas pelo procurador da apelante principal na sustentação oral realizada na última sessão.

A apelante principal alega, na tribuna, portanto pela primeira vez, que a intervenção do Ministério Público no feito é obrigatória, razão pela qual aduz que a sentença deve ser anulada. Acrescenta que há coisa julgada em relação à matéria versada nos autos, motivo pelo qual afirma que o processo deve ser extinto nos termos do art. 267, inciso V, do CPC.

Conquanto questão atinente à suposta existência de coisa julgada tenha sido salientada na contestação de f. 203/208, a apelante principal quedou-se silente nas razões recursais de f. 333/343 em relação a esse ponto.

Contudo, considerando-se que a existência de coisa julgada, bem como a nulidade do processo em virtude da ausência de intimação do Ministério Público, constitui matéria de ordem pública e, portanto, passível de argüição a qualquer tempo e grau de jurisdição, afigura-se possível o exame de tais questões por este Tribunal, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 330

A intervenção do Ministério Público constitui pressuposto processual, cuja ausência leva à nulidade do processo. Consoante disposto no art. 246 do CPC, é nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.

Prescreve o art. 82 do Código de Processo Civil que:

> Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:
> I - nas causas em que há interesses de incapazes;
> II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;
> III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Tal dispositivo deve ser interpretado em consonância com o art. 127 da Constituição Federal, que baliza os limites de atuação do Órgão Ministerial nos seguintes termos:

> o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Vê-se que qualquer atuação que extrapole os limites traçados pelo art. 127 da Constituição Federal será inconstitucional e, portanto, indevida. Inconstitucional, por exemplo, seria o Ministério Público se imiscuir em questões que envolvam assuntos de natureza estritamente individual e privada.

Ora, a lide versada nos autos respeita a pedido de condenação da apelante principal ao pagamento de indenização pelos prejuízos supostamente causados ao apelante adesivo em decorrência de omissão no registro do imóvel sob litígio acerca da existência de servidão que onera dito bem. Assim, embora a apelante principal seja demandada na qualidade de titular do Cartório do 1º Ofício de Registro Imobiliário de Juiz de Fora, não se pode admitir que o Ministério Público intervenha no processo, porquanto não se trata de qualquer dos interesses elencados no mencionado art. 82 do CPC.

Em síntese, não se vislumbra, neste processo, interesse que justifique a intervenção do Ministério Público, razão pela qual se deve afastar a argüição de nulidade em razão da ausência de participação do Órgão Ministerial.

A apelante principal aduz, ainda, que há coisa julgada emergente do acórdão proferido nos autos da ação de indenização movida por Fernando Paiva da Silva e outros em face do apelante adesivo (reproduzido às f. 154/160). Por conseguinte, acrescenta que o processo deve ser extinto nos termos do art. 267, inciso V, do CPC.

Consoante disposto no art. 472 do CPC, "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros".

A norma legal estabelece, em termos rígidos, o alcance subjetivo da coisa julgada, de modo que somente as partes, ou seja, aqueles que de uma forma ou de outra estiveram integrados à relação processual, são alcançadas pelos direitos, obrigações ou deveres que forem objeto da decisão judicial.

Embora não se olvide que a eficácia natural da sentença - e também do acórdão -, na terminologia de Liebman, reflete-se também nas situações ocupadas por terceiros, a imutabilidade do direito material controvertido constitui "lei" somente entre os sujeitos parciais do processo, excetuando-se o assistente simples.

No sistema brasileiro, apenas e tão-somente nas hipóteses de interesses coletivos *lato sensu* a coisa julgada tem efeitos sobre direitos *ultra* partes e, mesmo assim, apenas para declarar a existência ou a inexistência de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 331

direitos, nunca para atribuir-lhes obrigações (Código de Defesa do Consumidor, art. 103).

Na lição do douto e pragmático Cândido Rangel Dinamarco:

> Há duas razões básicas pelas quais a autoridade da coisa julgada não deve ir e não vai além dos sujeitos processuais.
> A primeira delas é a garantia constitucional do contraditório, que ficaria maculada se um sujeito, sem ter gozado das oportunidades processuais inerentes à condição de parte, ficasse depois impedido de repor em discussão o preceito sentencial (supra, nºs 84 e segs.).
> A segunda, colhida do modo como a coisa julgada incide na vida das pessoas e das regras processuais sobre a legitimidade *ad causam*, consiste no desinteresse dos terceiros pelos resultados do processo, que não lhes afetam diretamente a esfera de direitos e obrigações. Como a sentença e seus efeitos têm sempre referência a determinado bem da vida, ordinariamente a decisão só atinge os titulares de direitos, obrigações ou mesmo meras pretensões que incidam sobre esse bem. Se sou condenado a entregar determinado bem a determinada pessoa, meu vizinho não está vinculado pela autoridade de coisa julgada que incidir sobre essa sentença, não somente porque a lei diz que não, mas antes disso porque a decisão não lhe diz respeito e portanto lhe é juridicamente indiferente. Os terceiros absolutamente indiferentes, que compõem um número infinito de pessoas, praticamente toda a população do globo terrestre, não são autorizados a repor em discussão os efeitos da sentença proferida *inter alios*, não porque a coisa julgada os atinja, mas porque sua vida não fica afetada por eles; e, conseqüentemente, no plano do direito processual falta-lhes legitimidade *ad causam*. Antes de ser vedada por motivos político-constitucionais, portanto, a eficácia *erga omnes* da coisa julgada material é excluída pelo próprio objeto da sentença de mérito e pelas regras relativas à titularidade do direito de ação (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. III, p. 317-318).

Compulsando o acórdão reproduzido às f. 154/160, proferido nos autos da ação indenizatória nº 424.576-9, ajuizada por Fernando Paiva da Silva e outros em face de Cláudio Ferreira Cotta (apelante adesivo), verifica-se que a Turma Julgadora concluiu que:

> (...)
> No presente caso, a sentença de primeiro grau deixou expressamente assentado que a responsabilidade da tabeliã não poderia ser examinada em face de sua exclusão da lide; descabia examinar a conduta do mandatário, corretor de imóveis, por não ser parte na lide, e, quanto à responsabilidade dos apelantes na venda do imóvel, concluiu que as provas constantes dos autos demonstraram que conheciam a servidão, mas não informaram aos adquirentes, responsabilizando-se pela privação de uso e gozo do imóvel alienado, não havendo, a meu juízo, qualquer nulidade na sentença recorrida.
> Rejeito a preliminar.
> No mérito, a questão é singela. O conjunto probatório constante dos autos demonstra de forma clara e inequívoca que os proprietários do imóvel tinham conhecimento da restrição contida sobre os imóveis e a documentação apresentada aos adquirentes não continha tais informações.
> Se o cartório deixou de consignar a servidão, cabia aos proprietários fazer a retificação e exigir que constasse a restrição, pois têm o dever de informar qualquer ônus que recaísse sobre o imóvel.

Assim, a toda evidência, a coisa julgada emergente do acórdão transcrito declarou ser o apelante adesivo responsável pela omissão em relação à existência de servidão que onera o bem sob litígio. A sentença transitada em julgado é imutável e indiscutível em relação às partes da ação indenizatória nº 424.576-9, quais sejam apelante adesivo e terceiros adquirentes de boa-fé (Fernando Paiva da Silva e outros).

Cumpre asseverar que, conforme se verifica do trecho do acórdão anteriormente transcrito, a apelante principal, isto é, a titular do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóvel de Juiz de Fora, foi excluída da lide.

Nessa linha de raciocínio, nada impede que o apelante adesivo ajuíze demanda em fa-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 332

ce da apelante principal, a fim de ver declarado ser ela a verdadeira responsável pela omissão verificada no ato da transcrição do registro do bem objeto do litígio, no que concerne à existência de servidão.

De nada adianta à apelante principal afirmar que uma sentença transitada em julgado já reconhecera ser o apelante adesivo culpado pela mencionada omissão. A coisa julgada existente não impede que o apelante adesivo discuta o ponto em relação à apelante principal, que foi terceira em relação àquele primeiro processo (nº 424.576-9).

Nesse sentido, a existência de coisa julgada trata-se de mera alegação, suscitada à undécima hora na tribuna, em verdadeiro ato de desespero, que não deve prevalecer, conforme demonstrado.

À guisa de conclusão, considerando-se que a coisa julgada emergente do acórdão reproduzido às f. 154/160 não atinge a apelante principal, não há que se falar em extinção do processo sem resolução do mérito com base no art. 267, inciso V, do CPC.

I -1 - Da responsabilidade civil.

O Juiz de primeiro grau entendeu que a titular do Cartório do 1º Ofício de Registro Imobiliário de Juiz de Fora deve ser responsabilizada pelos prejuízos causados ao autor em decorrência da omissão no registro do imóvel sob litígio acerca da existência de servidão que onera dito bem.

Não resignada, alega a ré (apelante principal) que a culpa pela indução a erro dos adquirentes do bem é do procurador que intermediou a venda do imóvel, ao fundamento de que este omitiu a existência de servidão no momento da alienação, razão pela qual afirma que o autor (apelante adesivo) deve ser responsabilizado pelos atos praticados pelo mandatário, não havendo que se falar em dever de indenizar por parte da ré (apelante principal).

A seu turno, aduz o autor (apelante adesivo) que no momento do registro do imóvel apresentou escritura de compra e venda na qual havia menção expressa à servidão que onera o bem, razão pela qual entende que a titular do cartório deve ser responsabilizada pela omissão verificada, considerando-se que tal ônus não foi transcrito no registro do imóvel, induzindo, assim, os futuros alienantes do bem a erro.

Postas as alegações de ambas as partes, verifica-se que a controvérsia tratada neste tópico se cinge a perquirir acerca da culpa da apelante principal pela omissão no registro do imóvel sob discussão atinente à servidão que onera o bem.

Compulsando os autos, verifica-se que o apelante adesivo, então proprietário do terreno descrito na inicial, constituiu procurador para intermediar a negociação do bem, o qual foi alienado pela quantia de R$ 24.000,00.

Celebrada a compra e venda, os adquirentes contrataram a elaboração de projeto de engenharia e iniciaram a edificação de uma casa no terreno adquirido, quando então se constatou a existência de tubulação de ferro fundido na linha dos pilares. Desconhecendo a existência de servidão relativa ao imóvel alienado, os proprietários ajuizaram ação de anulação de negócio jurídico, buscando desfazer a compra e venda entabulada entre as partes, ao fundamento de que foram enganados, uma vez que se omitiu acerca da existência de dito ônus real naquele imóvel.

Constatado que no registro do imóvel não havia qualquer menção àquela servidão, o apelante adesivo foi condenado a restituir aos adquirentes do bem o valor pago pelo terreno (R$ 24.000,00), acrescido da quantia atinente às despesas com a contratação do projeto de engenharia, bem como com o início da construção da casa, perfazendo o montante total de R$ 106.364,24.

Em seguida, o apelante adesivo ajuizou a presente ação de indenização em face da titular do aludido cartório, com o intuito de responsabilizá-la pela omissão ocorrida, ao fundamento de que o erro se deu por culpa exclusiva do cartório.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 333

Cumpre salientar que se trata de fato incontroverso nos autos que o apelante adesivo, ao proceder ao registro do imóvel sob litígio, apresentou escritura de compra e venda do bem, contendo menção expressa à existência de servidão. Todavia, não obstante a apresentação de tal documento, verifica-se que, ao se proceder ao registro do terreno, omitiu-se em relação ao aludido ônus real.

Assim, demonstrado que a escritura de compra e venda apresentada pelo apelante adesivo no ato de registro do imóvel sob litígio continha menção expressa acerca da servidão que onera o bem, a qual não foi transcrita para o respectivo registro, reputa-se patente a omissão verificada pelo preposto do cartório, razão pela qual se entende que a apelante principal deve ser civilmente responsabilizada pelos danos materiais descritos na inicial.

Diante da negligência observada, resta clara a responsabilidade da titular do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis pela conduta praticada por funcionário deste, de onde exsurge que agiu acertadamente o Juiz sentenciante, ao condená-la ao pagamento de indenização pelos danos materiais suportados pelo apelante adesivo em virtude do desfazimento do negócio jurídico celebrado com os adquirentes do terreno alienado.

Dispõe o art. 28 da Lei 6.015/73:

> Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

No mesmo sentido, dispõe o art. 22 da Lei dos Cartórios (Lei 8.935/94):

> Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

De tais dispositivos, ressai que a apelante principal deve arcar com o pagamento da indenização pelos danos materiais suportados pelo apelante adesivo, uma vez que demonstrada a culpa desta pela omissão contida no registro do imóvel sob discussão.

Nesse sentido, transcrevem-se os seguintes julgados:

> Indenização - Compra e venda de bem imóvel - Alienantes e adquirentes de boa-fé - Perda do bem para o verdadeiro dono - Dever de restituição do numerário recebido pelos alienantes não proprietários - Reconhecimento - Litisdenunciação contra tabelião do cartório de imóveis - Responsabilidade reconhecida. - I - Aquele que, sem ser detentor do domínio, tiver alienado bem imóvel e recebido o seu preço, ainda que tenha obrado de boa-fé, é obrigado a restituir a importância paga, sob pena de enriquecimento ilícito, não havendo que se perquirir de existência ou não de culpa, tudo conforme art. 968 do Código Civil. - II - O tabelião de cartório extrajudicial responde pelos danos que causar a terceiros na prática de atos próprios da serventia, sendo tal responsabilidade, inclusive, objetiva, conforme conjugação dos arts. 37, § 6º, e 236 da Constituição da República com o art. 22 da Lei nº 8.935/94 (TAMG, 1ª Câmara Cível, Rel. Juiz Osmando Almeida, AC 2.0000.00.373431-4/000, j. em 10.12.02).

> Ação anulatória - Má-fé - Configuração - Danos morais e materiais - Responsabilidade do oficial do Cartório de Registro de Imóveis - Fornecimento de certidão incorreta - Solidariedade passiva - Obrigação de indenizar. - A má-fé é a intenção malévola de prejudicar, equiparada à culpa grave e erro grosseiro, podendo o juiz inferi-la das circunstâncias de fato e dos indícios existentes nos autos, o que ocorreu no caso *sub examine*. Comprovados o evento danoso, o nexo de causalidade e o prejuízo causado, impõe-se o dever de indenizar, ao teor do art. 159 do CC/1916. Comprovado o dano causado por certidão incorretamente fornecida por oficial do cartório, inconteste é o dever de indenizar, conforme o art. 22 da Lei 8.935/94. A responsabilidade dos réus é solidária, ao teor do art. 1.518 do CC/16 (TAMG, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Domingos Coelho, AC 2.0000.00.420841-5/000, j. em 05.05.04).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 334

> Indenização - Cartório de imóveis - Fornecimento de certidão incorreta - Dano comprovado - Obrigação de indenizar - Lei 8.935/94. - Comprovado o dano causado por certidão incorretamente fornecida por oficial do cartório, inconteste é o dever de indenizar, conforme o art. 22 da Lei 8.935/94 (TAMG, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Paulo Cezar Dias, AC 2.0000.00.321272-2/000, j. em 22.11.00).

Com tais considerações, deve-se afastar a alegação da apelante principal de que a culpa pela omissão acerca da servidão que onera o bem é do procurador que intermediou a alienação do terreno e que, por conseguinte, a negligência do mandatário deve ser imputada ao mandante, no caso ao apelante adesivo. Isso porque, conforme exposto anteriormente, demonstrou-se que a responsabilidade pela aludida omissão é da titular do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis, razão pela qual se afigura devida a condenação desta ao pagamento de indenização pelos prejuízos causados.

No mesmo sentido, não deve prevalecer a alegação de que o apelante adesivo deveria exigir que constasse no registro do imóvel a servidão que onera o bem submetido a registro, tendo em vista que não é crível imaginar que um cidadão comum se atente a detalhes tão específicos atinentes a registros públicos.

Por outro lado, é de se presumir que os cartórios extrajudiciais, na prática de atos próprios de serventia, devem ser cautelosos ao proceder ao registro de imóveis, atentos aos detalhes contidos nas escrituras de compra e venda que lhe são apresentadas, de forma a registrar a existência de eventuais ônus reais.

Ora, se nem mesmo o funcionário do cartório, habituado às minúcias das certidões, escrituras e registro públicos, atentou para a existência de ônus real que grava o imóvel alienado, não se deve exigir do apelante adesivo, que não está habituado ao trato com transações imobiliárias e a tais particularidades, percebesse dita omissão.

Ressalte-se que, como bem salientou o Juiz sentenciante, a atividade de registro cartorário "deve ser encarado como serviço de segurança nacional, pois diz respeito à própria estrutura do Estado e da propriedade" (f. 319), cumprindo destacar a importância dos serviços prestados pelos cartórios, uma vez que em muito contribuem para a estabilidade das relações sociais.

Dessarte, deve-se negar provimento à apelação principal nesse particular, mantendo-se, por conseguinte, a sentença recorrida, no que toca à condenação da apelante principal ao pagamento de indenização ao apelante adesivo pelos danos materiais suportados.

I -2 - Do valor da indenização por danos materiais.

Na sentença, o Juiz de primeiro grau ressalvou que "sobre os R$ 106.364,24 deverão ser abatidos os 24.000,00 recebidos pelo imóvel que, em face da anulação da relação translativa correspondente, reverteu para a propriedade do requerente (embora já alienado como se denota do documento de f. 299)" (f. 321).

Inconformada, alega a apelante principal que, além dos R$ 24.000,00 recebidos pelo apelante adesivo, deve-se decotar do valor da indenização o valor atual do imóvel, ao fundamento de que dito bem foi novamente alienado.

Ressalvou, ainda, que, conquanto o bem tenha sido alienado pela ínfima quantia de R$ 30.000,00, deve-se decotar do valor da condenação o montante de R$ 96.262,64, correspondente ao real valor do bem, considerando-se a existência de benfeitorias no terreno.

A seu turno, aduz o apelante adesivo que as benfeitorias realizadas pelos antigos adquirentes nada acrescem ao preço do bem, sob o argumento de que "tais melhorias devem ser derrubadas, exatamente em função do erro do cartório" (f. 354).

Verifica-se que o apelante adesivo foi condenado, nos autos da ação anulatória c/c indenizatória ajuizada pelos antigos adquiren-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 335

tes nada acrescem ao preço do bem, sob o argumento de que "tais melhorias devem ser derrubadas, exatamente em função do erro do cartório" (f. 354).

Verifica-se que o apelante adesivo foi condenado, nos autos da ação anulatória c/c indenizatória ajuizada pelos antigos adquirentes do terreno em face deste, "a devolver o valor pago pelos autores devidamente corrigido, a partir do respectivo desembolso, devidamente atualizado, além dos gastos despendidos pelos autores com a transação e a execução da obra, até o dia 24.10.00, conforme se apurar em liquidação de sentença" (f. 159).

Em virtude da sentença proferida nos autos da aludida ação anulatória c/c indenizatória, o apelante adesivo ajuizou a presente ação regressiva, a fim de obter a reparação pelas quantias indicadas na condenação.

Na sentença, o Juiz de primeiro grau, reconhecendo a culpa da apelante principal pela omissão no registro do bem sob litígio, condenou-a ao pagamento da indenização por danos materiais pleiteada, ressalvando, contudo, que do montante total (R$ 106.364,24) deve ser decotado o valor do terreno (R$ 24.000,00), ao fundamento de que o referido bem retornou à esfera patrimonial do apelante adesivo.

Alega a apelante principal que, em virtude da posterior alienação do bem a terceiro, deve-se decotar da condenação o valor obtido com a venda do terreno (R$ 30.000,00), bem como o montante atinente às "benfeitorias" existentes, avaliadas em 52.649,27, perfazendo o total de R$ 96.262,64 (R$ 30.000,00 + 52.649,27).

Todavia, em que pesem as alegações deduzidas pela apelante principal, cumpre observar que ela foi condenada a restituir ao apelante adesivo as quantias despendidas por ele em face da sentença proferida nos autos da ação de desfazimento de negócio jurídico ajuizada pelos antigos adquirentes do imóvel em desfavor do apelante adesivo.

Verifica-se de tal sentença que o valor recebido em virtude da alienação do imóvel litigioso foi devidamente restituído aos antigos alienantes, uma vez que o aludido bem retornou à esfera patrimonial do apelante adesivo.

Assim, tendo em vista que o imóvel alienado retornou à esfera patrimonial do apelante adesivo e que o valor desembolsado pelos antigos adquirentes do imóvel lhes foi restituído, verifica-se que restou ao apelante adesivo tão-somente reembolsá-los das quantias despendidas com a transação e a execução da obra.

Por conseguinte, considerando que a apelante principal foi condenada a restituir ao apelante adesivo os valores indicados na sentença proferida na mencionada ação de desfazimento de negócio jurídico, consistente nas despesas desembolsadas pelos antigos adquirentes com a transação e a execução da obra, não há que se falar em dever de decotar da condenação a quantia obtida com a posterior alienação do bem.

Isso porque, conforme demonstrado, na sentença proferida nos autos da aludida ação de desfazimento de negócio jurídico, o apelante adesivo foi condenado a restituir apenas as quantias desembolsadas pelos antigos adquirentes com a transação e a execução da obra.

À guisa de conclusão, não merece reforma a sentença nesse ponto, motivo pelo qual se impõe negar provimento à apelação principal também nesse particular.

O Sr. Des. Fábio Maia Viani - De acordo.

O Sr. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - Peço vista.

Súmula - O DES. RELATOR E O DES. REVISOR NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL. PEDIU VISTA O DES. VOGAL.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 336

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Des. Vogal, quando, então, os Desembargadores Relator e Revisor negavam provimento à apelação principal.

O Sr. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - Eminentes Pares.

Pedi vista dos autos porque me impressionou a manifestação oral do ilustre advogado da primeira apelante, o qual insistiu no argumento de que a questão já havia sido resolvida por decisão transitada em julgado, quando, em ação anterior, negou-se a denunciação da lide à ora apelante.

Contudo, examinando-se os autos, verifica-se que o douto Juiz da causa anterior indeferira a denunciação da lide, mas porque a denunciação, baseada no inciso III do art. 70 do CPC, não é obrigatória.

Portanto, não houve, na ocasião, o entendimento de que a denunciada não teria responsabilidade civil no caso.

Transcrevo trecho da decisão daquele douto Juiz:

> Impõe-se relembrar que, por força de norma material (CC, art. 116), somente na hipótese do inciso I do art. 70 a denunciação da lide é obrigatória, enquanto que, nos demais dispositivos, prevalece a regra de que a denunciação é mera faculdade, não inibindo o denunciante de fazer valer o seu direito em ação distinta e autônoma. O máximo que lhe ocorre é perder a oportunidade de, analisado o *thema decidendum*, ver consagrado numa só sentença e na mesma oportunidade o seu direito regressivo, somente isto.

Tal decisão foi confirmada em grau de recurso.

Com efeito, assim vem decidindo o STJ:

> (...) Entretanto, o indeferimento da denunciação da lide não justifica a anulação do processo' (REsp nº 165411/ES, Rel. Min. Garcia Vieira) e, por fim, que 'os princípios da economia e da celeridade podem justificar a não-anulação parcial do processo onde indevidamente não se admitiu denunciação da lide (CPC, art. 70, III), ressalvado ao denunciante postular seus eventuais interesses na via autônoma' (REsp nº 11599/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 5. Precedentes das 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Turmas desta Corte Superior. 6. Agravo regimental não provido. (STJ - AGRESP 631723 - CE - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - *DJU* de 13.09.04 - p. 00184).

Portanto, não houve qualquer decisão judicial sobre o mérito da participação da primeira apelante no caso em pauta, daí a inexistência de trânsito em julgado sobre a questão.

Em resumo, tem-se que, não admitida a denunciação da lide, porque, no caso, seria facultativa (CPC, art. 70, III), considera-se ressalvado ao denunciante postular seus eventuais interesses pela via autônoma.

Quanto ao mérito do primeiro recurso, tal como o douto Desembargador Revisor, também acompanho o eminente Desembargador Relator, negando-lhe provimento.

O Sr. Des. Elpídio Donizetti - II - Da apelação adesiva.

II -1 - Da alegação de danos morais

Asseverou o Juiz de primeiro grau que "quanto aos danos morais, todavia, em que pese reconhecer induvidosos os problemas enfrentados pelo requerente, não vejo afetação à sua esfera moral a ensejar a proteção prevista pelo constituinte no art. 5º, X, da Carta Constitucional de 1988" (f. 321).

Acrescentou que, "apesar de não banalizar as vicissitudes enfrentadas com o atributo de simples aborrecimentos, ratifico que os dissabores experimentados pelo requerente não me parecem coadunar com a natureza reparatória do dano moral" (f. 321/322).

Não resignado, aduz o apelante adesivo que a culpa pelo erro no registro do imóvel sob

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 337

litígio é exclusiva da apelante principal, razão pela qual entende que, presentes todos os elementos que ensejam o dever de indenizar, deve-se condenar a apelante principal ao pagamento de indenização a título de danos morais.

A Constituição Federal assegura a compensação pelo dano moral, mais precisamente no seu art. 5º, V e X, ao disporem que:

> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de 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 de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Conquanto a enumeração das hipóteses previstas nos incisos mencionados seja exemplificativa, o julgador não deve afastar-se das diretrizes nela traçadas. Assim, para evitar abusos, somente configuram dano moral a dor, o constrangimento e a humilhação intensas e que fujam à normalidade, interferindo de forma decisiva no comportamento psicológico do indivíduo. Nesse diapasão, mero dissabor não é objeto de tutela pela ordem jurídica. Do contrário, estaríamos diante da banalização do instituto da reparabilidade do dano extrapatrimonial, que teria como resultado prático uma corrida desenfreada ao Poder Judiciário, impulsionada pela possibilidade de locupletamento às custas dos aborrecimentos do cotidiano.

Acrescente-se que, em se admitindo a hipótese de reparabilidade por dano moral decorrente de omissão do cartório no ato do registro de imóvel indiscriminadamente, estar-se-ia, em última análise, fomentando a famigerada indústria do dano moral, prática que deve ser repudiada com veemência.

No caso sob julgamento, verifica-se que o apelante adesivo pleiteia o ressarcimento por supostos danos morais decorrentes da omissão do cartório no ato do registro do imóvel descrito na inicial, o que, a toda evidência, não configura abalo à sua honra ou à sua integridade biopsicológica, tampouco representa ofensa à sua dignidade. Por outro lado, há que se observar que os aborrecimentos causados ao apelante adesivo são inerentes à negligência na prática de atos próprios de serventia e se situa dentro dos limites do razoável, do tolerável pelo homem médio. Na esteira de tal entendimento, colaciona-se a seguinte decisão:

> Ação de indenização - Expedição de certidão negativa de registro de nascimento - Equívoco do Cartório de Registro Civil - Aborrecimento rotineiro - Dano moral não configurado - Improcedência do pedido - Apelo improvido. - Para que surja o dever de indenizar, é necessário que simultaneamente ocorram as seguintes situações: [1] conduta dolosa do agente; [2] existência do dano, quer de natureza material ou moral, como estabelece o art. 186 do Código Civil; e [3] nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. - O mero aborrecimento rotineiro, causado por um equívoco dos prestadores de serviços públicos, não tem o condão de provocar lesão efetiva aos bens da personalidade do indivíduo (TAMG, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2.0000.00.449263-3/000, Relator Juiz Sebastião Pereira de Souza, data do julgamento: 12.11.04).

Com tais fundamentos, entende-se que não há que se falar em dano moral indenizável no caso vertente, devendo a sentença, por conseguinte, ser mantida nesse ponto.

III - Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento às apelações principal e adesiva, mantendo, por conseguinte, a sentença recorrida.

Custas recursais, pelos apelantes, ressalvando-se, contudo, a suspensão da exigibilidade de tais parcelas em relação ao apelante adesivo, tendo em vista a assistência judiciária deferida no primeiro grau (f. 192-v.).

O Sr. Des. Fábio Maia Viani - De acordo.

O Sr. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - Também estou de acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES PRINCIPAL E ADESIVA.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 338

REPETIÇÃO DO INDÉBITO - OPERADORA DE TELEFONIA - LITISCONSÓRCIO - INEXISTÊNCIA - JUSTIÇA ESTADUAL - COMPETÊNCIA - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - IMPULSO TELEFÔNICO ALÉM DA FRANQUIA - DETALHAMENTO DA FATURA - ANATEL - RESOLUÇÃO Nº 85/98 - ART. 7º DO DECRETO 4.733/03 - PRAZO - ESTIPULAÇÃO

Ementa: Apelação cível. Ação de repetição de indébito. Litisconsórcio necessário. Incompetência da Justiça Estadual. Não-acolhimento. Decadência. Inocorrência. Concessionária de telefonia. Pulsos extras. Discriminação. Inexigibilidade antes da vigência do decreto presidencial.

- A competência da Justiça Federal é de ser afastada, uma vez que inexiste interesse da Anatel para caracterizar a formação de litisconsórcio necessário, que a justificaria.

- A ação de repetição de indébito que tem por objetivo o detalhamento da fatura pelos serviços de telefonia, com a devolução de valores eventualmente cobrados a maior, não se submete ao prazo de decadência estabelecido no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor.

- Antes de exaurir o prazo legal, as companhias telefônicas não estão obrigadas ao monitoramento específico e à discriminação dos pulsos excedentes, sendo lícita a cobrança genérica de pulsos além da franquia.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0145.06.327503-9/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Telemar Norte Leste S.A. - Apelado: Valmer Feres Vignoli - Relator: Des. FERNANDO STARLING

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2007. - *Fernando Starling* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Fernando Starling (convocado) - Conheço do recurso, porquanto presentes os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Trata-se de apelação interposta por Telemar Norte Leste S.A. contra a r. sentença de f. 316/320, proferida pela MM. Juíza de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, que, nos autos de ação de repetição de indébito que lhe é movida por Valmer Peres Vignoli, rejeitou as preliminares e julgou procedente o pedido inicial para condenar a ré a restituir ao autor, de forma simples, a importância correspondente aos pulsos não discriminados nas contas telefônicas referentes ao terminal (32) 3212-6792, observada a prescrição qüinqüenal, tudo devidamente corrigido pelos índices da tabela da Corregedoria de Justiça de Minas Gerais, desde o ajuizamento da ação, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

Em seu recurso, a Telemar Norte Leste S.A. alega que ocorreu a decadência do direito dos autores nos termos do art. 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

Afirma que as informações prestadas aos usuários, referentes ao consumo, estão sujeitas a limitações técnicas, legais e econômicas, as quais escapam ao seu controle.

Observa que seus procedimentos seguem determinação e controle pela agência reguladora, reiterando que a situação dos autos não permite a repetição de indébito pretendida.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 339

Da preliminar de incompetência.

Afirma a recorrente que devido à necessidade de formação de litisconsórcio passivo obrigatório, a incompetência da Justiça Estadual é conseqüência lógica, devendo o feito ser remetido para a Justiça Federal.

Verifica-se dos autos que a ação de repetição de indébito apresenta como causa de pedir a "abusividade" na cobrança de pulsos além da franquia, pela concessionária, o que evidencia que a demanda limita-se à seara da relação de consumo existente entre o assinante e a prestadora de serviços.

Não envolvendo a demanda questões afetas à regulamentação do serviço, não há que se falar em litisconsórcio, sendo assim a Justiça Estadual competente para julgar o feito.

A propósito, a jurisprudência deste Tribunal:

> Telemar. Inexistência de interesse direto da Anatel. Litisconsórcio passivo necessário afastado. Competência da Justiça Estadual. Inocorrência de prescrição e decadência. Preliminares rejeitadas. Decisão mantida. Recurso improvido.
> - A função das agências regulamentadoras é tipicamente de fiscalização, não se confundindo sua personalidade com a dos prestadores de serviços por elas fiscalizados. Não atrai o litisconsórcio em causas que não envolvam diretamente aquela atividade fiscalizadora, mas sim a execução dos serviços prestados.
> - Sendo a Anatel agência dessa natureza e sendo a lide *sub judice* instaurada em função da forma de cobrança dos serviços executados pela Telemar (e não pela Anatel), não vislumbro interesse direto da Anatel que justifique a competência da Justiça Federal e a conseqüente incompetência da Justiça Estadual (TJMG - AI nº 486.921-0 - Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza; j. em. 13.04.05).

No mesmo sentido é a orientação emanada de nossos Tribunais Superiores:

> Conflito de competência negativo. Justiça Federal *versus* Justiça Estadual. Ação de repetição de indébito promovida contra concessionária de telefonia (Telemar Norte Leste S.A.). Assinatura básica residencial. Declaração de interesse de ente federal afastado pela Justiça Federal. Competência da Justiça Estadual.
> - 1. Examina-se conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de João Pessoa/PB em face do Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, nos autos de ação de repetição de indébito objetivando o afastamento da cobrança mensal da "Assinatura Básica Residencial" por concessionária de telefonia (Telemar Norte Leste S.A.). O Juízo Estadual, invocando a Súmula nº 150/STJ, declinou da competência e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal. O Juízo Federal, por seu turno, argumentou que a Anatel não possui qualquer interesse em ações que tenham por objeto primordial a suspensão da cobrança da tarifa de assinatura e a restituição do que foi pago, pois não será essa autarquia que poderá ressarcir o montante indevidamente cobrado. Trouxe à baila verbete sumular nº 224/STJ. Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público Federal.
> - 2. A ação tem como partes, de um lado, consumidor, de outro, a Telemar Norte Leste S.A., empresa privada concessionária de serviço público. Ausência da Anatel em qualquer pólo da demanda. Competência da Justiça Estadual.
> - 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de João Pessoa/PB, suscitante (STJ, CC 48.484/PB, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 13.06.05).

Assim sendo, rejeito a preliminar de incompetência absoluta do juízo.

Da decadência.

A apelante invoca a ocorrência de decadência do direito da apelada no tocante a qualquer conta anterior a 90 (noventa) dias da propositura da demanda, invocando o art. 26 do Código de Defesa do Consumidor que estabelece o prazo de 90 (noventa) dias para que ocorra a caducidade do direito de reclamar sobre os vícios de fácil constatação relativo ao fornecimento de serviços duráveis.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 340

Contudo, tem-se que esse dispositivo se refere a defeito no serviço prestado, o que não é o caso dos autos, uma vez que a autora ajuizou a ação de repetição de indébito pretendendo o detalhamento da fatura pelos serviços de telefonia e a devolução de valores cobrados indevidamente.

Dessa forma, rejeito também essa preliminar.

Mérito.

Cumpre salientar que dúvidas inexistem quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às atividades de telefonia. Contudo, a controvérsia dos autos há de ser solucionada à luz das normas que tratam especificamente das telecomunicações, em virtude do pedido de discriminação dos pulsos além da franquia.

A CF/88 estabelece como competência privativa da União legislar sobre telecomunicações, bem como normatizar a atuação das permissionárias e/ou concessionárias dos serviços de telefonia. (art. 22, IV, da CF/88)

A Lei 9.472/97, que estabelece normas sobre a organização dos serviços de telecomunicações, reconhece como direito do usuário o acesso à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços (art. 3º, IV).

A Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel foi criada por essa mesma lei, seguindo determinação contida no art. 21 da Constituição Federal. Além de criá-la, referida norma atribuiu-lhe a função de regular o serviço de telecomunicações, nos termos do art. 8º, detalhando sua competência, onde se insere "estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço" (art. 103).

A despeito de ser a relação existente entre as partes uma autêntica relação de consumo, não se pode olvidar que a matéria encontra-se submetida às regras do direito administrativo, bem como às diretrizes estabelecidas pela Anatel.

Cumprindo essa função, a Anatel aprovou por meio da Resolução nº 85/98 o regulamento do serviço telefônico fixo, inclusive no tocante à cobrança de "pulsos além da franquia": "Art. 52. O valor, a forma de medição e os critérios de cobrança dos serviços prestados serão estabelecidos nos Planos de Serviço, conforme regulamentação específica".

O Decreto 4.733/2003 estabeleceu que somente a partir de 1º.01.2006 os serviços telefônicos deveriam ser detalhados com precisão, inclusive no tocante aos pulsos excedentes.

Confira-se:

> Art. 7º A implementação das políticas de que trata este Decreto, quando da regulação dos serviços de telefonia fixa comutada, do estabelecimento das metas de qualidade e da definição das cláusulas dos contratos de concessão, a vigorarem a partir de 1º de janeiro de 2006, deverá garantir, ainda, a aplicação, nos limites da lei, das seguintes diretrizes:
> [...]
> X - a fatura das chamadas locais deverá, com ônus e a pedido do assinante, ser detalhada quanto ao número chamado, duração, valor, data e hora de cada chamada.

A Resolução nº 432 da Anatel, datada de 23.02.2006, aprovou a alteração dos prazos constantes do item 8 da "Norma para Alteração da Tarifação do Plano Básico do Serviço Telefônico Fixo Comutado na Modalidade Local Prestado em Regime Público". Esta "Norma" foi instituída pela Resolução nº 423 de 06.12.2005, que estabelecia a data limite de 31 de janeiro de 2007 para que as concessionárias do STFC na modalidade local republiquem, com eventuais modificações, relação das áreas locais, em cumprimento ao item 8.1 da norma, e alterem para 1º de agosto de 2007 a vigência do § 1º do art. 43 do Regulamento do STFCV, aprovado pela Resolução nº 426, de 09.12.2005.

Dessa forma, impõe-se a conclusão no sentido de que o detalhamento perseguido com a presente ação só será possível a partir de 1º de agosto de 2007, de acordo com a nova sistemática prevista em lei e regulamentada pela Anatel.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 341

Assim, não se pode pretender que a concessionária de serviço de telefonia seja obrigada a fazer um detalhamento que padece de legislação que estabeleça tal obrigação.

Ademais, tem-se que o detalhamento da fatura das chamadas locais deverá ser solicitado pelo assinante, conforme disposição expressa contida no art. 7º, X, Decreto 4.733/2003,

No caso dos autos, o apelado não nega que tenha efetivamente utilizado do serviço.

Portanto, não se pode exigir da concessionária de telefonia a discriminação dos pulsos extras antes do prazo determinado pela Resolução nº 432, de 23 de fevereiro de 2006.

Refere-se ainda a apelante a uma suposta violação aos arts. 5º, II, e 93, IX, da Constituição da República. Contudo, com os fundamentos acima, resta afastada qualquer infringência aos mencionados dispositivos.

Diante do exposto, rejeito as preliminares afastadas pela sentença e reiteradas no recurso e dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Condeno o apelado ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em R$ 700,00 (setecentos reais), com base no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, além das custas processuais e recursais, ficando suspensa a sua exigibilidade, conforme art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Sérgio Braga e Eulina do Carmo Almeida.*

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO.

-:::-

DISSOLUÇÃO - SOCIEDADE LIMITADA - LIQUIDANTE - DESTITUIÇÃO - MÚNUS - CUMPRIMENTO PARCIAL - HONORÁRIOS DEVIDOS - PESSOA JURÍDICA - LEGITIMIDADE PASSIVA - PROVAS - INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA - RECOMPOSIÇÃO DA SOCIEDADE - PRAZO - FIXAÇÃO - SÓCIO RETIRANTE - INTERESSE PROCESSUAL - AUSÊNCIA

Ementa: Dissolução. Sociedade. Liquidante. Nomeação anulada. Cumprimento parcial do múnus. Honorários devidos. Pessoa jurídica. Legitimidade passiva. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Recomposição da sociedade. Sócio retirante. Ausência de interesse processual.

- São devidos os honorários ao liquidante nomeado pelo juiz, ainda que anulada a decisão que o nomeou, se comprovado que iniciou o desempenho efetivo do múnus que lhe foi atribuído.

- A sociedade é parte legítima para compor a lide nas ações de dissolução de sociedade mercantil, juntamente com os sócios remanescentes em face do seu evidente interesse na solução do problema.

- Não há cerceamento de defesa no indeferimento de provas consideradas desnecessárias para a apuração dos fatos argüidos pelas partes.

- O sócio que se afasta da sociedade não tem interesse processual para exigir a fixação de prazo para a recomposição da sociedade, quando já consolidada a dissolução parcial.

Uma preliminar acolhida, outra rejeitada e a apelação parcialmente provida.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 342

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.436403-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Roberto Ribeiro de Castro, 2º) Antônio Soares Caldeira - Apelados: Roberto Ribeiro de Castro e Antônio Soares Caldeira - Relatora: Des.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM ACOLHER UMA PRELIMINAR, REJEITAR OUTRA E DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2007. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo 2º apelante, o Dr. Afonso Celso Silveira, e assistiu ao julgamento, pelo 1º apelante, o Dr. Afonso Celso Silveira.

A Sr.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte - Tratam os autos de dissolução de sociedade por cotas de responsabilidade, ajuizada pelo segundo apelante contra o primeiro e Empreendedora Santarém Ltda., sob a alegação de quebra da *affectio societatis* e com atribuição de prática de administração temerária pelo outro sócio e atuação como se fosse o único dono da empresa.

Sustentou ser o administrador da sociedade, em conjunto com o primeiro apelante, e que tem participação igualitária, detendo 50% do capital social, tendo direito à divisão dos lucros e dos prejuízos da sociedade também na proporção de 50%.

Pretende o segundo apelante o afastamento do primeiro apelante das atividades da sociedade, bem como o bloqueio de bens da Empreendedora Santarém Ltda., a liquidação da sociedade, a nomeação de liquidante, a declaração de integralização das cotas sociais e a determinação ao primeiro apelante de devolução de documentos da sociedade.

Em apenso, encontram-se os autos da medida cautelar inominada e da ação anulatória de ato jurídico, ajuizadas por Empreendedora Santarém Ltda. e pelo primeiro apelante, pretendendo a declaração de nulidade do contrato de prestação de serviços advocatícios e da procuração outorgada por Antônio Soares Caldeira aos advogados Laércio Paulo de Oliveira e Laércio Carlos Pedra de Oliveira.

Também em apenso, encontram-se os autos do incidente de destituição de liquidante, ajuizado pelo sócio Roberto Ribeiro de Castro contra de Antônio de Oliveira Costa, alegando irregularidades praticadas pelo liquidante nomeado pelo MM. Juiz da 9ª Vara Cível da Capital.

O MM. Juiz *a quo* proferiu sentença única, julgando procedente a anulação de contrato, declarando nulos o contrato de prestação de serviços advocatícios e a procuração outorgada ao segundo e ao terceiro requeridos em nome de Empreendedora Santarém Ltda. e ratificando a liminar concedida nos autos da ação cautelar.

Declarou a perda de objeto da antecipação da tutela concedida nos autos da dissolução de sociedade; excluiu da lide a Empreendedora Santarém Ltda. e julgou parcialmente procedentes os pedidos para decretar a dissolução parcial da sociedade, que deverá prosseguir com o sócio remanescente, Roberto Ribeiro de Castro, com direito de apuração de haveres em favor do sócio retirante, Antônio Soares Caldeira; nomeou liquidante para as funções de supervisão e fiscalização da administração da sociedade, ressalvada a indicação conjunta pelas partes.

Fixou honorários ao liquidante nomeado de R$ 3.000,00 por mês, e, para o destituído, de R$ 4.167,00, a serem suportados pelo patrimônio da sociedade.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 343

Declarou a perda de objeto do incidente de destituição do liquidante, por ter havido seu afastamento por decisão proferida em agravo de instrumento, extinguindo o processo.

Os presentes recursos versam sobre a dissolução de sociedade e a destituição de liquidante.

Em julgamento anterior, foram decididas as questões relativas à medida cautelar e à ação anulatória de ato jurídico, com julgamento da Apelação nº 1.0024.455919-3/001, conforme acórdão de f. 570/582, não sendo examinados, por equívoco, os recursos ora relatados.

O primeiro apelante pretende a reforma da decisão recorrida, alegando que não deve prevalecer a fixação dos honorários ao liquidante destituído, ao entendimento de que o pedido de f. 1.362/1.363 não tem valor processual, por ter sido formulado por quem não está inscrito nos quadros da OAB, não tendo poderes para peticionar em juízo, conforme os arts. 36 do CPC e 1º da Lei 8.906/94.

Entende, ainda, que deve ser afastada a fixação de honorários ao liquidante destituído, à vista da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 475.223-2, que anulou sua nomeação.

Insurge-se, também, contra a manutenção dos ofícios de f. 86/88 nos autos, ao fundamento de que a decisão retira da sociedade o direito ao livre exercício de suas atividades, colocando em risco o acervo patrimonial da empresa e do próprio apelante, além de contrariar o conteúdo expresso da sentença, que concluiu pela dissolução parcial da sociedade com preservação de suas atividades.

Pretende o segundo apelante a reforma da decisão recorrida, sustentando a legitimidade passiva da Empreendedora Santarém Ltda., afirmando ser ela detentora de todos os bens e direitos patrimoniais comuns, sendo ela quem deve se obrigar na apuração dos haveres e do respectivo pagamento ao sócio retirante.

Alega que é contraditória a condenação da sociedade ao pagamento dos honorários ao liquidante destituído, em face da sua exclusão da lide.

Ressalta que, na sociedade por quotas, a responsabilidade do sócio está limitada ao valor das cotas integralizadas, sendo vedado alcançar o patrimônio do sócio remanescente, além da sua participação, havendo, por isso, comprometimento da apuração de haveres para pagamento do sócio retirante.

Conclui que a sociedade é que deve assumir o pagamento ao sócio que se retira, por se tratar de sociedade limitada, cujo patrimônio não se confunde com o do sócio.

Acrescenta que a quebra da *affectio societatis* é matéria de fato e que não lhe foi dada oportunidade para a produção das provas especificadas, ocorrendo cerceamento do seu direito de defesa e ofensa ao contraditório.

Pretende, ainda, que seja determinada ao primeiro apelante a devolução dos documentos da sociedade por ele retirados, que são imprescindíveis para a apuração do patrimônio da sociedade e para sua liquidação.

Entende, ainda, que só pode ser responsabilizado por atos da sociedade por um prazo de até dois anos após seu afastamento e que a manutenção dos documentos em mãos de um único sócio o isenta de responsabilidades.

Afirma que a transformação do pedido em dissolução parcial da sociedade foi tratada de modo superficial e que, havendo apenas dois sócios, deveria ser estabelecido prazo para a recomposição da sociedade, bem como as conseqüências do descumprimento, conforme o art. 1.033 do Código Civil.

Contra a sentença de mérito, foram opostos embargos de declaração por ambos os recorrentes, cuja decisão foi publicada em 9 de julho de 2005, f. 1.426v.

A primeira apelação foi apresentada em 22 de julho de 2005, sendo tempestiva e acompanhada de preparo.

Ao segundo apelante foi reaberto o prazo recursal, conforme decisão de f. 1.462, com sua

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 344

intimação em 3 de setembro de 2005, vindo o recurso em 19 de setembro, no prazo e acompanhado de preparo.

Estão presentes, portanto, os requisitos para conhecimento de ambos os recursos.

I - Primeira apelação.

Insurge-se o primeiro apelante contra a fixação de honorários ao liquidante destituído, por ausência de capacidade postulatória e porque, sendo nula sua nomeação, não teria direito à remuneração.

Constata-se que Antônio de Oliveira Costa foi nomeado como liquidante de Empreendedora Santarém Ltda., conforme decisão de f. 80/81, assumindo o encargo conforme termo de compromisso de f. 89.

Embora tenha ocorrido a revogação da nomeação, com o julgamento do Agravo de Instrumento nº 475223-2, f. 1.438/1.448, o liquidante iniciou o cumprimento do seu encargo, conforme o comprova a prestação de contas de f. 1.271/1.360 e 1.362/1.393.

Assim, embora tenha havido cassação da nomeação, o liquidante destituído exerceu suas atividades durante certo período, não sendo cabível o desempenho de trabalho sem remuneração.

A despeito de não ser o liquidante destituído inscrito nos quadros da OAB, aos auxiliares do Juízo é permitida a manifestação no processo, nos limites de suas atribuições, não se exigindo capacidade postulatória ou representação por advogado para que se postule o pagamento de honorários, não ocorrendo ofensa ao art. 36 do CPC ou à Lei 8.906/94.

Acrescente-se que os honorários fixados se referem ao último período da efetiva atuação do administrador da sociedade e estão amparados na mediante prestação de contas, sendo, pois, adequado o arbitramento.

Os ofícios de f. 86/88 foram expedidos em cumprimento da antecipação da tutela deferida para, dentre outras providências, determinar o bloqueio de bens e créditos da sociedade.

A referida decisão foi anulada pelo julgamento do Agravo de Instrumento nº 475223-2, f. 1.438/1.448.

O MM. Juiz a quo determinou que os ofícios de f. 86/88 fossem mantidos nos autos, para garantir a apuração correta de haveres do sócio retirante, como se vê da decisão proferida nos embargos de declaração, f. 1.425/1.426.

Conclui-se que só mediante nova e fundamentada decisão é que se pode deferir a expedição de ofícios para o bloqueio de bens e créditos, sendo incabível o restabelecimento de decisão já reformada por este Tribunal.

Deve, pois, ser acolhido em parte o primeiro recurso, apenas para afastar a determinação de manutenção dos ofícios de f. 86/88 nos autos.

O Sr. Des. Cabral da Silva - De acordo.

O Sr. Des. Roberto Borges de Oliveira - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte - II - Segunda apelação.

2.1 - Legitimidade passiva da sociedade.

O segundo apelante afirma que a sociedade Empreendedora Santarém Ltda. é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda de dissolução de sociedade.

As ações de dissolução de sociedade mercantil devem ser propostas contra a sociedade a ser dissolvida e contra os sócios remanescentes, pois a sociedade tem interesse e, pois, legitimidade para figurar no pólo passivo, já que a ela cabe suportar o ônus da dissolução e o pagamento de haveres ao sócio que se afasta.

Do contrário, a cota-parte do sócio remanescente estaria comprometida para pa-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 345

gamento ao que se retira, atingindo seu patrimônio pessoal, quando sua responsabilidade se limita às cotas integralizadas.

Nesse sentido decidem os tribunais:

> Ação de dissolução de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Legitimidade passiva *ad causam*. A legitimidade passiva para a demanda é da sociedade e dos sócios, em litisconsórcio necessário, em razão do interesse comum que vincula a todos eles. Dissolução parcial por vontade de um dos sócios. Sociedade por prazo indeterminado. Resistência dos demandados em não permitir a saída do sócio retirante. Descabimento, por se cuidar de denúncia vazia. Vedação constitucional de permanência indefinida na sociedade contra a vontade do sócio. Inteligência do art. 5º, XX, da Constituição da República. Honorários advocatícios. Adequação às circunstâncias da causa. Apelação provida em parte (Apelação Cível nº 70001746924, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. em 20.06.01).

E mais:

> Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Dissolução parcial. *Legitimatio ad causam*. Notificação. Apuração de haveres. - Os sócios remanescentes, assim como a pessoa jurídica, têm legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de dissolução de sociedade [...] (TAMG - Apelação nº 0231554-0 - Sexta Câmara Cível – Rel. Juiz Baía Borges - j. em 04.09.97).

Assim, impõe-se acolher a preliminar de legitimidade passiva, para que Empreendedora Santarém Ltda. permaneça no pólo passivo da demanda.

O Sr. Des. Cabral da Silva - De acordo.

O Sr. Des. Roberto Borges de Oliveira - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte - 2.2 - Cerceamento de defesa.

O segundo apelante argúi, ainda, o cerceamento de defesa, por não lhe ter sido dada oportunidade para produzir provas, que foram especificadas, entendendo serem indispensáveis o depoimento pessoal do primeiro apelante e a inquirição de testemunhas.

Os diversos processos conexos nos autos em apenso tiveram tramitação conjunta, sendo concedido às partes prazo para a especificação de provas, com a ressalva de possibilidade de julgamento antecipado, conforme f. 64 dos autos em apenso.

Foram especificadas provas às f. 65 e 110, sendo as partes intimadas para esclarecer a finalidade das provas requeridas, quando foram ratificados os pedidos, sendo apresentado rol de testemunhas à f. 329.

O segundo apelante pretendia colher o depoimento pessoal do primeiro apelante, bem como inquirir a testemunha Marcos Antônio Lopes da Silva, antigo funcionário da primeira apelada, para apurar questões relacionadas à sua despedida, fato discutido nos autos do incidente de destituição do liquidante.

Ora, o segundo apelante não demonstrou a finalidade das provas pretendidas, não atendendo ao despacho judicial, não demonstrando que as provas fossem indispensáveis para a decisão da lide.

Ademais, tais provas não se afiguram úteis ao processo, haja vista que, embora o pedido de dissolução da sociedade esteja fundado em razões de fato e de direito, o conjunto probatório demonstra, com clareza, a quebra da *affectio societates* entre os demandantes, o que é suficiente para a declaração da dissolução, ainda que parcial.

Apurou-se a discórdia entre os sócios, fator determinante da impossibilidade de manutenção do fim social, e que autoriza a dissolução judicial da sociedade, a teor do que dispõe o art. 1.034, II, do Código Civil.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 346

É a lição de Fábio Ulhoa Coelho in *Curso de direito comercial*, São Paulo: Editora Saraiva, v. 2, p. 452: "A ação de dissolução e liquidação de sociedade, regulamentada pelo CPC de 1939, para as hipóteses de desfazimento de todos os vínculos societários, é, à falta de dispositivos legais mais apropriados, o meio processual idôneo também para a dissolução parcial e apuração dos haveres".

Acrescente-se que, sendo o juiz o destinatário das provas, cabe a ele sopesar a necessidade da sua produção para a aferição de aspectos relevantes da causa, sendo possível o julgamento antecipado da lide se os elementos probatórios constantes dos autos são suficientes para a formação da sua convicção.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Cabral da Silva - De acordo.

O Sr. Des. Roberto Borges de Oliveira - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte - 2.3 - Devolução de documentos da sociedade.

Pretende o segundo apelante a devolução de documentos sociais, supostamente retirados pelo primeiro apelante, sustentando a impossibilidade de apuração do patrimônio da sociedade, bem como risco de comprometimento na liquidação e a possibilidade da prática de atos escusos pelo sócio remanescente, que possam responsabilizá-lo perante terceiros pelo prazo fixado em lei.

Sendo decretada a dissolução parcial da sociedade, o sócio remanescente é o responsável pela continuidade da empresa e pela documentação a ela pertinente, respondendo por eventuais atos fraudulentos em sua gestão.

De conformidade com o disposto nos arts. 1.010 a 1.021 do Código Civil, é nulo qualquer ato praticado em nome da pessoa jurídica que ultrapasse o objeto social.

Assim, tanto a sociedade como o sócio retirante ficam isentos de responsabilidade perante terceiros por atos praticados pelo administrador, salvo se houverem se beneficiado, respondendo, então, na medida do benefício auferido.

Somente o administrador responde pelos atos de sua gestão e se tiver se desviado dos fins sociais ou da probidade esperada.

Impertinente, ainda, o receio de desvio dos documentos da sociedade pelo primeiro apelante, haja vista ter sido nomeado administrador para supervisionar e fiscalizar a sociedade no período de apuração de haveres.

Inexiste, ademais, prova suficiente a amparar os alegados temores do sócio retirante.

2.4 - Prazo para a recomposição da sociedade.

O segundo apelante não tem interesse para exigir a fixação de prazo para recomposição da sociedade, por estar se retirando e por se tratar de questão a ser solucionada após a dissolução parcial, quando o sócio remanescente deverá buscar quem o acompanhe no empreendimento.

A liquidação parcial da sociedade deve ser promovida na forma do art. 1.031 do Código Civil, observado o estatuto social, tendo o segundo apelante interesse na continuidade da sociedade somente até a apuração dos seus haveres e correspondente pagamento.

Só ao sócio remanescente e à sociedade é que interessa a fixação de prazo para a recomposição dos quadros sociais.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso apresentado por Roberto Ribeiro de Castro para tornar sem efeito a ordem contida nos ofícios de f. 86/88.

Dou parcial provimento ao recurso apresentado por Antônio Soares Caldeira e outros, para reconhecer a legitimidade passiva de Empreendedora Santarém Ltda.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 347

Custas recursais, pelas partes, sendo 40% para o primeiro apelante e 60% para o segundo.

O Sr. Des. Cabral da Silva - Peço vista.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a apedido do Desembargador Revisor, após darem parcial provimento ao 1º apelo. Com relação ao 2º, acolheram a 1ª preliminar, rejeitaram a 2ª e a Relatora deu-lhe parcial provimento.

O Sr. Des. Cabral da Silva - Estou me colocando de acordo, através de voto escrito, no mérito, com o voto da Desembargadora Relatora.

Examinados minudentemente os autos, constata-se que tratam de pedido de dissolução de sociedade por cotas de responsabilidade, ajuizada pelo segundo apelante, ou seja; Antônio Soares Caldeira, em desfavor do primeiro, ou seja; Roberto Ribeiro de Castro e Empreendedora Santarém Ltda., sob a alegação da existência de quebra da *affectio societatis*, e, ainda, diz respeito à súplica de atribuição de prática de administração temerária pelo outro sócio e mais de atuação do primeiro apelante, como se fora o único dono da empresa liquidanda.

Alegou ser o administrador da sociedade juntamente com o primeiro apelante e que tem participação igualitária do percentual, cada um dos sócios detendo 50% (cinqüenta por cento) do capital social, tendo direito à divisão dos lucros e dos prejuízos da sociedade, também na proporção de 50% (cinqüenta por cento).

É querer do segundo apelante o afastamento de seu sócio quanto às atividades por este exercidas na sociedade, bem como o bloqueio de bens da Empreendedora Santarém Ltda., a liquidação desta com a nomeação de liquidante para dirigi-la ao tempo em que se dera o litígio, a declaração de integralização das cotas sociais e a determinação de que o primeiro apelante faça a devolução de documentos da sociedade.

Em apenso, encontram-se os autos da medida cautelar inominada e da ação anulatória de ato jurídico, ajuizadas por Empreendedora Santarém Ltda. e pelo primeiro apelante, pretendendo a declaração de nulidade do contrato de prestação de serviços advocatícios e da procuração outorgada por Antônio Soares Caldeira aos advogados Laércio Paulo de Oliveira e Laércio Carlos Pedra de Oliveira.

Em apenso, encontram-se os autos do incidente de destituição de liquidante ajuizado pelo sócio Roberto Ribeiro de Castro contra Antônio de Oliveira Costa, alegando irregularidades praticadas pelo liquidante nomeado pelo MM. Juiz da 9ª Vara Cível da Capital.

Foi proferida sentença única, julgando procedente a anulação de contrato, declarando nulos o contrato de prestação de serviços advocatícios e a procuração outorgada ao segundo e ao terceiro requeridos em nome da Empreendedora Santarém Ltda. e ratificando a liminar concedida nos autos da ação cautelar.

Declarou-se, no decisório aludido, a perda do objeto da antecipação da tutela concedida nos autos da dissolução de sociedade; excluiu-se da lide a Empreendedora Santarém Ltda.; julgaram-se parcialmente procedentes os pedidos para decretar-se a dissolução parcial da sociedade, que deverá prosseguir com o sócio remanescente, Roberto Ribeiro de Castro, com direito de apuração de haveres em favor do sócio retirante, Antônio Soares Caldeira; e nomeou-se liquidante para as funções de supervisão e fiscalização da administração da sociedade, ressalvada a indicação conjunta pelas partes.

Fixaram-se, ainda, no julgado, honorários ao liquidante nomeado, no importe de R$ 3.000,00 (três mil reais) mensais, e, para o liquidante destituído, o *quantum* de R$ 4.167,00 (quatro mil, cento e sessenta e sete reais), quantia a ser suportada pelo ativo da sociedade a ser parcialmente liquidada, declinando-se,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 348

ainda, no julgado, a perda do objeto no concernente ao incidente de destituição do liquidante, por ter havido seu afastamento por decisão proferida em agravo de instrumento, que extinguiu o precitado feito.

Os presentes recursos aviados versam sobre a dissolução de sociedade e a destituição de liquidante.

Em julgamento anterior, foram decididas as questões relativas à medida cautelar e à ação anulatória de ato jurídico, com julgamento da Apelação nº 1.0024.455919-3/001, conforme acórdão de f. 570/582, não sendo examinados, por equívoco, os recursos ora relatados.

O primeiro apelante pretende a reforma da decisão recorrida, alegando que não deve prevalecer a fixação dos honorários ao liquidante destituído, ao entendimento de que o pedido de f. 1.362/1.363 não tem valor processual, por ter sido formulado por quem não está inscrito nos quadros da OAB, não tendo, pois, poderes para peticionar em juízo, mediante o que consta do art. 36 do CPC e do art. 1º da Lei 8.906/94, ambos em vigor.

Entende ainda o apelante que deve ser afastada a fixação dos honorários ao liquidante destituído, haja vista a decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento de nº 475223-2, que anulou tal nomeação.

Insurgiu-se também o segundo apelante contra a mantença dos ofícios de f. 86/88 dos autos, mediante fundamento de que a decisão retira da sociedade o direito ao livre exercício de suas atividades, colocando em risco o acervo patrimonial da empresa e do próprio apelante, além de contrariar o conteúdo expresso da sentença que concluiu pela dissolução parcial da sociedade com preservação de suas atividades.

Pretende, ainda, o segundo apelante a reforma da decisão recorrida, sustentando a legitimidade passiva da Empreendedora Santarém Ltda., afirmando ser ela detentora de todos os bens e direitos patrimoniais comuns, sendo, assim, ente que deve se obrigar a suportar em caso de apuração de haveres e respectivos pagamentos ao sócio retirante.

Alega que é contraditória a condenação da sociedade ao pagamento dos honorários ao liquidante destituído em face da sua exclusão da lide.

Ressalta que, na sociedade por cotas, a responsabilidade do sócio está limitada ao valor das cotas devidas e integralmente quitadas, sendo vedado alcançar o patrimônio do sócio remanescente, além de sua participação, havendo, por isso, comprometimento da apuração de haveres para pagamento do sócio retirante.

Concluiu que a sociedade é que deve assumir o pagamento ao sócio dissidente, por se tratar de sociedade limitada, cujo patrimônio não se confunde com o do sócio.

Acrescenta que a quebra da *affectio societatis* é matéria de fato e que não lhe foi dada oportunidade para produção das provas especificadas, ocorrendo cerceamento do seu direito de defesa e ofensa ao contraditório.

Aludiu, ainda, que só pode ser responsabilizado por atos da sociedade por um prazo de até dois anos após o seu afastamento e que a manutenção dos documentos em mãos de um único sócio o isenta de quaisquer responsabilidades.

Afiança que a transformação do pedido em dissolução parcial da sociedade foi tratada de modo superficial e que, em havendo apenas dois sócios, deveria ser estabelecido prazo para recomposição da sociedade, deveres e conseqüências do descumprimento, *ex vi* do disposto no art. 1.033 do Código Civil.

Em revide à sentença de mérito proferida, foram opostos embargos declaratórios por ambos os recorrentes, publicando-se decisão em 9 de junho de 2005, f. 1.462v., nos autos em exame. A primeira apelação foi apresentada em 22 de junho de 2005, sendo tempestiva e acompanhada de preparo. Ao segundo apelante, foi reaberto o prazo recursal, conforme decisão de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 349

f. 1.462, com regular intimação ao mesmo datada de 3 de setembro de 2005, vindo o recurso em 19 de setembro, no prazo e acompanhado de preparo.

Estão presentes, portanto, os requisitos para conhecimento de ambos os recursos.

Os apelos enviados versam, *in casu*, sobre a dissolução da sociedade e a destituição de liquidante. Verifica-se, em perfunctório exame do processado, que se encontram superadas as prejudiciais de exame de mérito, restando-me, tão-somente, em razão do pedido de abertura de vista do feito, o que é pertinente à resolução do *meritum causae*.

Tranqüila e pacífica é a posição jurisprudencial sedimentada por nossos pretórios, que admite a solução parcial da sociedade como a solução mais consentânea e razoável em casos símiles ao presente, já que quebra a *affectio societatis* pelos sócios integrantes da sociedade por quotas, para não colocar fim à continuidade dos fins societários da empresa, que funcione durante determinado tempo, tendo à frente somente um dos sócios.

Sendo entender jurisprudencial de sopeso o seguinte:

> Segundo dominante entendimento doutrinário e jurisprudencial, pode a sociedade por quotas de responsabilidade limitada composta de apenas dois sócios ser parcialmente dissolvida sem se extinguir aquela, uma vez que se torna possível o reagrupamento societário com o ingresso de outro sócio, ou, mesmo expirado o lapso de tempo previsto em lei, que se torne a mesma firma individual.

Assim, plausível no caso em tela, em razão do desacerto dos parceiros igualitários na sociedade, que seja a mesma parcialmente dissolvida, na forma do art. 1.031 do Código Civil brasileiro em vigor, observado o disposto no contrato social, tendo em mente que o segundo apelante tem interesse na continuidade da sociedade liquidanda, devendo ser efetuado balanço especial, apurando-se os bens e haveres daquela e também encargos, retirando-se da sociedade o primeiro apelante após a apuração de tais haveres e o correspondente pagamento daquele, já que somente ao sócio que continuou a integrar a sociedade interessa, tão-somente, a fixação do prazo para recomposição do quadro societário.

Ex positis, igualmente à digna Relatora, dou provimento ao recurso apresentado por Roberto Ribeiro de Castro, para tornar sem efeito a ordem contida nos ofícios de f. 86/88 do processado.

Dou, ainda, parcial provimento ao recurso apresentado pelo segundo apelante - Antônio Soares Caldeira - e outros, para reconhecer a legitimidade passiva de Empreendedora Santarém Ltda.

Fixo, como custas recursais a serem quitadas pelas partes, ou seja, o *quantum* de 40%, a ser suportado pelo primeiro apelante, ou seja, por Roberto Ribeiro de Castro, e 60%, a ser suportado pelos segundos apelantes, ou seja, por Antônio Soares Caldeira e outros.

O Sr. Des. Roberto Borges de Oliveira - Acompanho a Relatora.

Súmula - ACOLHERAM UMA PRELIMINAR, REJEITARAM OUTRA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - SUS - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - SECRETARIA DE SAÚDE - RECUSA - LEGALIDADE - DESPESA PÚBLICA - DISPONIBILIDADE ECONÔMICA - TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL - ORÇAMENTO - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - CONTROLE JUDICIAL - LIMITE - ESTADO - LEGITIMIDADE PASSIVA - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - DENEGAÇÃO DA ORDEM - VOTO VENCIDO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 350

Ementa: Mandado de segurança. Fornecimento de medicamento. Prova do direito líquido e certo. Legitimidade passiva do Estado. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder.

- Dentre as condições de ação mandamental estão a liquidez e a certeza do direito, que devem ser demonstradas de plano, com a inicial, pois o procedimento não admite instrução probatória.

- O Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, uma vez que a ele pode ser imputada a responsabilidade pelo atendimento das necessidades básicas de saúde do impetrante.

- Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não há ilegalidade ou abuso da autoridade coatora que não fornece medicamento prescrito ao impetrante que não esteja relacionado na lista de fármacos da rede pública.

- A competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos Poderes.

Preliminares rejeitadas. Denegar a segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA N° 1.0000.06.443869-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Jorge de Araújo Rodrigues - Autoridade coatora: Secretário de Estado da Saúde do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.ª ALBERGARIA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda o 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO CONHECER DA PRIMEIRA PRELIMINAR, VENCIDA A RELATORA, PRIMEIRO E SEGUNDO VOGAIS, QUE A REJEITAVAM. REJEITARAM A SEGUNDA PRELIMINAR, À UNANIMIDADE. NO MÉRITO, DENEGARAM A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 2 de maio de 2007. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento pelo impetrante o Dr. Régis Guimarães Guerra.

A Sr.ª Des.ª Albergaria Costa - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Jorge de Araújo Rodrigues contra ato do Secretário de Estado da Saúde do Estado de Minas Gerais, que lhe negou o fornecimento do medicamento "Aripiprazol 20 mg", denominado "Ability", indicado para o tratamento de "transtorno esquizofrênico tipo misto", CID - F. 25.2, do qual é portador.

Alegou que a utilização do retrocitado medicamento seria indispensável à sobrevivência do impetrante, razão por que pleiteou o deferimento, *in limine*, do pedido, a fim de que a autoridade coatora desde já o disponibilize.

Com a inicial vieram os documentos de f. 15/27-TJ.

A liminar requerida foi deferida, às f. 33/34-TJ.

A autoridade coatora prestou informações, de f. 49/62-TJ, argüindo, preliminar-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 351

mente, a ausência de direito líquido e certo, bem como sua ilegitimidade passiva *ad causam.*

No mérito, aduziu que a própria Constituição Federal conferiu às entidades governamentais a prerrogativa de estabelecer políticas visando à padronização, acesso universal e mais igualitário das ações e serviços de saúde, razão por que seria inviável o fornecimento dos medicamentos solicitados pelo impetrante, pois não estariam incluídos na Portaria GM 1.318/2002 do Ministério da Saúde.

Além disso, alegou não ter havido prova da hipossuficiência financeira do impetrante.

Juntou documentos de f. 63/76-TJ.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 81/89-TJ, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

Questão preliminar.

1. *Da ausência de direito líquido e certo*.

Extrai-se das informações prestadas pela autoridade coatora a preliminar de carência da ação, por ausência de prova pré-constituída da eficácia terapêutica diferenciada do medicamento solicitado pelo impetrante.

É sabido que o mandado de segurança exige prova hábil, indiscutível e transparente da situação e dos fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante.

Com efeito, dentre as condições de ação mandamental, está a liquidez e a certeza do direito, que devem ser demonstradas de plano, com a inicial, pois o procedimento não admite instrução probatória.

Nesse sentido:

> Mandado de segurança é instrumento para tutela do direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato de autoridade. O direito nasce do fato (*ex facto oritur jus*). Certeza e liquidez são requisitos que dizem respeito ao fato jurídico de que decorre o direito. Portanto, só há direito líquido e certo quando o fato jurídico que lhe dá origem está demonstrado por prova pré-constituída... (STJ - 1ª Turma - REsp 605848/PE - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - *DJ* de 18.04.2005).

No caso em apreço, a evidência dos fatos que fundamentam o pretenso direito do impetrante de receber o medicamento "Aripiprazol 20 mg", denominado "Ability", indicado para o tratamento de "transtorno esquizofrênico tipo misto", CID - F. 25.2, do qual é portador, encontra-se na documentação juntada à petição inicial, especialmente o diagnóstico médico de f. 19/24-TJ, demonstrando, assim, o preenchimento dessa condição específica da ação.

Saliente-se, igualmente, que a ausência de recusa em sede administrativa não induz à decretação da carência da ação, pois não é necessário exaurir um procedimento administrativo - opção para a parte, e não uma imposição - para que se reconheça determinado direito previsto em lei.

Isso porque se aplica, *in casu*, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, positivado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Rejeito, pois, a preliminar.

2. *Da ilegitimidade passiva ad causam*.

Igualmente suscitou a autoridade coatora sua ilegitimidade passiva *ad causam*, pois o serviço pretendido pelo impetrante se refere à atribuição no âmbito estritamente da União.

Todavia, o Sistema Único de Saúde - SUS está alicerçado no princípio da co-gestão, pela participação simultânea dos entes estatais dos três níveis, devendo os serviços públicos de saúde integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo, cabendo ao Estado, no seu âmbito de atuação, garantir a todos o direito à saúde.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 352

Logo, não subsiste a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*, pois que a Lei nº 8.080, de 19.09.90, que regula, em todo o País, as ações e os serviços de saúde, instituiu o Sistema Único de Saúde - SUS, em estrito cumprimento ao disposto no art. 200 da CR/88, e estabeleceu o campo de atuação do SUS e a competência das várias entidades, União, Estados e Municípios.

Dessa forma, o Estado é também parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, uma vez que a ele pode ser imputada a responsabilidade pelo atendimento das necessidades do impetrante.

Assim, rejeito essa preliminar.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Rejeito as preliminares.

O Sr. Des. Audebert Delage - Também rejeito as preliminares.

O Sr. Des. Manuel Saramago - Sr. Presidente.

Quanto à primeira preliminar, ausência de direito líquido e certo, não conheço, pois essa matéria vai ser examinada junto com o mérito. Quanto à segunda, rejeito.

O Sr. Des. Moreira Diniz - Sr. Presidente. Acompanho o Des. Manuel Saramago. Também não conheço da primeira preliminar por se tratar de mérito. Quanto à segunda, rejeito.

O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes - Sr. Presidente. *Data venia*, também não conheço da primeira preliminar, por entender que é matéria de mérito. Quanto à segunda, ponho-me de acordo com a eminente Relatora e rejeito.

O Sr. Des. Dídimo Inocêncio de Paula - Sr. Presidente. Com respeitosa vênia da ilustrada Relatora, sempre entendi que, em sede de mandado de segurança, a ausência de direito líquido e certo é matéria de mérito, razão pela qual também não conheço da primeira preliminar e rejeito a segunda.

A Sr.ª Des.ª Albergaria Costa - Questões de mérito.

Partindo para a análise do mérito e reportando à natureza da ordem impetrada, verifica-se que o impetrante invoca o art. 196 da CF/88 para afirmar o seu direito líquido e certo de receber do ente público estatal o medicamento específico que lhe foi prescrito.

Muito embora me tenha pronunciado em reiterados julgados no sentido de caber ao Estado a prestação de assistência médico-hospitalar em favor dos indivíduos que comprovem sua necessidade - inclusive fornecendo medicamentos não relacionados na lista de fármacos disponibilizados pela rede pública -, refleti bastante a respeito da questão, considerando o vultoso número de ações propostas em juízo que demonstram a complexidade do tema, notadamente quando a pretensão é veiculada pela via estreita do mandado de segurança, que não comporta dilação probatória.

Saliento que, em 1988, a saúde foi, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico pátrio, agasalhada pelo texto constitucional, que a consagrou não apenas como um bem jurídico digno de tutela formalmente constitucional como também a tratou como direito fundamental da pessoa humana e um dever de prestação pelo Estado.

Foi prevista expressamente de forma genérica, no seu art. 6º, e, de forma específica, nos arts. 196 a 200, mas encontra escopo jurídico também nos pactos internacionais ratificados e incorporados ao nosso ordenamento jurídico, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969).

O art. 196 da CR/88, ao dispor solenemente que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, destacou uma obrigação precípua

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 353

do Poder Público para com a efetivação desse direito.

Está implícita nesse dever a ultimação, pelo Estado, de prestações positivas, a começar pela adoção de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito para o cidadão, até a realização de providência indispensável para a concretização desse direito ao indivíduo.

Por implicar a realização de prestações condicionadas pelo volume de recursos disponíveis pelo Poder Público, é evidente que se trata de um direito cuja aplicação encontra inegáveis obstáculos, tanto na seara jurídica, quanto na política, pois depende de uma legislação integradora da opção do constituinte para que possa gerar seus efeitos plenamente.

Nem por isso o direito social à saúde chega a ser considerado uma norma programática. Exatamente por essa razão, recorre-se ao reforço de normatividade da norma principiológica do § 1º do art. 5º da CR/88 ("§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"), que dispõe sobre o chamado princípio da maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais.

De acordo com esse princípio, os direitos e garantias fundamentais não podem ser considerados meros enunciados sem força normativa, mas devem ser otimizados para que tenham a máxima eficácia e efetividade possível.

No entanto, ainda considerando a força e imperatividade desse princípio, não há como impedir a relativização ou a graduação de eficácia de determinados direitos sociais, como a saúde, cuja aplicação envolve uma diversidade de circunstâncias complexas e peculiares.

Como qualquer outro direito fundamental, o direito à saúde não é absoluto ou ilimitado. Ele encontra limites nos direitos igualmente consagrados pela Constituição, e sua eficácia e efetividade, quando atendem à realização da justiça em um plano concreto, não podem repercutir de forma negativa no âmbito da aplicação dos demais direitos sociais que interessam à sociedade.

Sobre o tema, a melhor doutrina refere-se ao princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas:

> ... quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.
> Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 59).

A primeira dificuldade que a aplicação desse direito social apresenta se justifica pelo fato de a Constituição não definir o objeto do direito à saúde.

Não obstante as disposições constitucionais genéricas, vagas e imprecisas acerca da matéria, não ficou elucidado se tal direito abrangeria todo e qualquer tipo de prestação afeta à saúde humana ou se estaria limitado a prestações básicas e vitais.

Nesse contexto, a definição acabou ficando a cargo do legislador infraconstitucional federal, estadual e/ou municipal, outorgando-lhe uma margem de discricionariedade a fim de selecionar aqueles mais adequados ao interesse da sociedade, consoante a repartição da competência prevista na própria Constituição.

A segunda objeção esbarra no reconhecimento da efetiva disponibilidade, pelo Estado, de recursos materiais e humanos para serem alocados na área da saúde em detrimento dos

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 354

demais direitos sociais prestacionais - tais como a educação, a moradia, a assistência social -, o que se apresenta como limite fático relevante submetido ao que se denominou "reserva do possível".

Além disso, por se tratar de recursos públicos, estariam eles submetidos a uma "reserva parlamentar em matéria orçamentária", donde se extrai que a competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos Poderes.

O ilustre professor e doutor em Direito pela Universidade de Munique, Ingo Wolfgang Sarlet, elucida com propriedade o tema:

> Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implica certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente - em se cuidando da saúde - da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo.
> (...)
> Cabe lembrar, nesse contexto, que, nessa linha de entendimento, um direito subjetivo a prestações não poderá abranger - em face dos limites já referidos - toda e qualquer prestação possível e imaginável, restringindo-se, onde não houver previsão legal, às prestações elementares e básicas.
> Nesse sentido, cumpre ferir paradigmática formulação enunciada pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao lembrar que o particular poderá reclamar do Estado apenas algo que seja razoável. Assim, por exemplo, não parece razoável compelir o Estado a pagar tratamento dentário de cunho não imprescindível, ou mesmo fornecer determinado medicamento, quando existe outro similar em eficácia, mas de custo menor.
> A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 10, janeiro 2002. Disponível em: <http: //www.direitopublico.com.br>).

As lições do constitucionalista citado contribuem com uma séria reflexão de que o Poder Judiciário, quando acionado para decidir um caso concreto e se debruça sobre uma microjustiça, está na verdade criando uma situação que repercutirá em esferas muito maiores da sociedade, por implicar ingerência nos recursos públicos.

Por isso, deve-se responsabilizar sobretudo pela efetivação de uma macrojustiça - a verdadeira *mens legis* -, que não pode ser outra senão aquela que possa ser assegurada a todos os cidadãos que estão ou possam vir a estar em situação similar. Afinal, esse é o escopo do princípio soberano da isonomia.

Segundo Gilmar Mendes,

> a lesão ao princípio da isonomia oferece problemas, sobretudo quando se tem a chamada 'exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade', que ocorre quando se concedem vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas (MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo*

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 355

> *Jurídico,* Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 10, janeiro 2002).

Sob esse prisma, caberá ao Poder Público compatibilizar a necessidade da população com os recursos de que dispõe para esse fim, segundo uma ordem de prioridade determinada pelos governantes eleitos, o que não significa omissão de prestação de assistência à saúde.

Nessa mesma linha de pensamento, J. J. Gomes Canotilho propõe a garantia de um núcleo essencial mínimo de direitos sociais:

> Relativamente aos direitos, liberdades e garantias, a Constituição portuguesa garante e protege um núcleo essencial destes direitos contra leis restritivas (núcleo essencial como reduto último de defesa). Coloca-se também o problema de saber se os direitos econômicos, sociais e culturais exigem a garantia de um núcleo essencial como condição do mínimo de existência (núcleo essencial como *standard* mínimo). Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o 'rendimento mínimo garantido', as 'prestações de assistência social básica', o 'subsídio de desemprego' são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da Constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 518).

De acordo com essa concepção, os direitos fundamentais que envolvam prestações positivas seriam satisfeitos quando atendessem à dignidade da pessoa humana, como é o caso da realização do direito à formação escolar e profissional, à assistência social mínima à gestante, à família, à criança e ao adolescente, a um salário que proporcione uma vivência digna, enfim, a um padrão mínimo de atendimento na área da saúde que garanta a sobrevivência do cidadão. Assim, o Poder Público deverá definir suas prioridades de acordo com o fundamento do Estado Democrático de Direito definido na Constituição Federal - dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) - que inclui os demais direitos sociais igualmente fundamentais.

Sobre o assunto, confira-se Luiz Roberto Barroso:

> Partindo da premissa (...) de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que, no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora haja visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça (*Temas de direito constitucional*. Renovar, 2005, Tomo III, p. 52).

Devido a essa estreita dependência entre a efetividade dos direitos sociais - que impliquem prestações onerosas ao Estado - e as circunstâncias econômicas e orçamentárias do Poder Público, é que se passou a caracterizar o mínimo existencial exigível como "reserva do possível", que, de acordo com Gustavo Amaral, significa que:

> ... a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade (AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre os poderes.* Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116-119).

Conclui o doutrinador:

> A postura de 'máxima eficácia' de cada pretensão, sobre o fato de não adentrar no con-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 356

> teúdo do direito a ser dada a eficácia, implica negação da cidadania, na medida em que leva à falência do Estado pela impossibilidade de cumprir todas as demandas simultaneamente e rompe com a democracia pretendendo trazer para o ambiente das Cortes de Justiça reclamos que têm seu lugar nas ruas, a pressão popular, e não na tutela paternalista dos sábios (AMARAL, Gustavo. Ob. cit.).

A propósito dessa criação doutrinária, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar. No julgamento da ADPF nº 45/DF, o eminente Ministro Celso de Mello afirmou estar a cláusula da reserva do possível subordinada à presença cumulativa de dois requisitos:

> Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (STF, ADPF nº 45/DF, j. em 29.04.2004).

Não será lícito, portanto, que o magistrado - a quem é conferido um papel de co-participação no processo de criação do Direito -, mediante indevida ingerência na atividade política e financeira do Estado, implemente precipitadamente um gasto extraordinário em favor da saúde de um único cidadão, quando não seja realmente indispensável à sua sobrevivência.

De fato, cabe às Cortes de Justiça serem "extremamente cuidadosas para não extrapolarem suas funções institucionais", pelo que "os juízes devem interferir somente quando o núcleo do direito à saúde estiver em risco ou quando o Executivo e o Legislativo não souberem utilizar o poder discricionário dado a eles e passarem a atuar de forma abusiva" (MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 237, p. 208, jul./set. 2004).

Dessa mesma forma foi a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada nº 59/SC, em que o Relator, Ministro Nilson Naves, reconhecendo a importância da política pública de distribuição de medicamentos, entendeu que:

> ... o Juízo de 1º grau, ao impor tal obrigação em sede de tutela antecipada - fornecimento de medicamento a qualquer pessoa, independentemente da listagem oficial da Rename -, incursionou por seara exclusiva da Administração, afetando, em conseqüência, a saúde pública, visto que, como afirmado acima, a escolha dos medicamentos a serem adotados na Política Nacional de Medicamentos segue procedimentos baseados em critérios técnico-científicos.

Igual posição é a de Fábio Konder Comparato, no sentido de ser "claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente a todos os que o demandem um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade e outras prestações dessa natureza" (O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 40, p. 73, jul./dez.).

Esse mesmo autor lembra que as verbas vinculadas à realização dos programas de ação social devem ser discriminadas, a fim de possibilitar o controle desse dever constitucional, sendo que a própria Constituição impõe a vinculação de percentuais da receita pública ao atendimento de despesas com serviços públicos destinados, como, por exemplo, à saúde (arts. 198 e 77 do ADCT) (idem, p. 81).

Assim é que, na defesa do direito social à saúde, não se podem olvidar as políticas públicas, a escassez de recursos e, inclusive, o princípio da isonomia, pois determinar uma medida que não seja realmente exigível ou necessária ao mínimo existencial, havendo meio alternativo menos gravoso para se chegar ao mesmo resultado, fere o princípio da razoabilidade e prejudica, ainda que indiretamente, outros indivíduos que igualmente dependem

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 357

dos recursos públicos para a satisfação de seus direitos.

Ao lado da cláusula da reserva do possível, que serve como norte para a configuração das prestações positivas essenciais à saúde do cidadão, não se pode deixar de aplicar os princípios orientadores da "Seguridade Social", dentro da qual se insere o conjunto das ações estatais destinadas à saúde, à assistência e à previdência social (art. 194 da CR/88). ("Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social").

De acordo com Fábio Zambitte Ibrahim, seguridade social pode ser conceituada

> como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida (*Curso de direito previdenciário*. 5. ed. Niterói: Editora Impetus, 2005, p. 6).

A universalidade, princípio que rege a Seguridade Social, é uma faceta do princípio da igualdade e sugere que todas as necessidades sociais sejam acobertadas. No entanto, a realidade econômica do Estado é um limite à efetivação dessa universalidade de atendimento e de cobertura, razão pela qual a própria Constituição orienta a otimização dos recursos escassos, através da seleção e melhor distribuição das prestações.

A par disso, o parágrafo único do art. 194, ao dispor sobre a organização da seguridade social, estabelece como objetivo, dentre outros, a "seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços" (inciso III).

E, se a idéia do princípio da seletividade é a de selecionar aquelas prestações que melhor atendam aos objetivos da Seguridade Social, pode-se dizer que, no âmbito da saúde, cumpre ao legislador infraconstitucional implementar as ações de saúde que minimamente garantam a sobrevivência digna da universalidade dos cidadãos.

João Batista Lazzari afirma que o princípio da seletividade "pressupõe que os benefícios são concedidos a quem deles efetivamente necessite, razão pela qual a Seguridade Social deve apontar os requisitos para a sua concessão de benefícios e serviços" (LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2003).

Já o princípio da distributividade, que diz respeito às pessoas que deverão ser protegidas prioritariamente pela seguridade social, "é de ser interpretado em seu sentido de distribuição de renda e bem-estar, ou seja, pela concessão de benefícios e serviços, visa ao bem-estar e à justiça social (art. 193 da Carta Magna)", segundo o mesmo autor.

Vale ressaltar que não se está a defender a estagnação da assistência à saúde, até mesmo porque os direitos fundamentais estão sujeitos ao princípio da vedação ao retrocesso.

O posicionamento que passo a firmar propõe, na verdade, o abandono da postura extremamente conservadora de impor aos entes públicos os mais variados ônus financeiros para a realização de tratamento da saúde de um cidadão, ressalvados os casos considerados realmente essenciais para a sua sobrevivência.

Afinal, estar-se-ia colocando em xeque a própria realização dos objetivos fundamentais da República, que são a justiça social e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CR/88).

Cumpre, por fim, citar a advertência muito bem colocada por Marcelene Carvalho da Silva Ramos, acerca do posicionamento que vem sendo diluído em nossos tribunais pátrios:

> ... tal imposição indiscriminada de ônus financeiros de altíssima monta - consistente na dis-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 358

> pensa de medicamentos caros, no fornecimento de próteses com similares de menor custo ou tratamentos no exterior -, não raras vezes sem comprovação de eficácia terapêutica, com a conseqüente redução de recursos financeiros para a execução de políticas públicas de saúde mais amplas e indispensáveis, estava levando as administrações públicas a sofrerem a inversão do risco de lesão à saúde e à ordem pública, na medida em que os recursos públicos são finitos e as receitas e despesas públicas estão previamente orientadas pelas leis orçamentárias respectivas, sem olvidar a incidência do princípio da legalidade restrita a que se subordinam os administradores públicos (O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 5, nº 22, p. 160-161, out./dez. 2005).

Sendo assim, sob qualquer ângulo que se analise a questão, seja observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, outra não pode ser a conclusão senão a de que não há ilegalidade ou abuso da autoridade coatora em não fornecer o medicamento Aripiprazol 20 mg (Ability) ao impetrante.

Isso porque não há comprovação da lesão a direito líquido e certo de receber referido fármaco em detrimento dos outros fornecidos regularmente pela Secretaria de Estado da Saúde para o tratamento da mesma doença que acomete o impetrante.

Dessarte, denego a segurança e revogo a liminar concedida às f. 33/34-TJ.

Sem honorários, a teor da Súmula nº 512 do STF.

Custas, pelo impetrante, suspensa a exigibilidade da cobrança, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Devo admitir que não elaborei voto escrito, notadamente no que diz respeito à extensão e erudição do voto proferido pela eminente Des.ª Albergaria Costa, Relatora deste processo.

Não obstante, registro que, nesses sete anos e quatro meses em que exerço a judicatura neste Tribunal, e nos oito anos no ex-Tribunal de Alçada, sempre entendi que, em casos como o deste processo, impunha-se a concessão da segurança, tendo em vista o segundo bem maior do indivíduo. O primeiro, bem jurídico tutelado pela Constituição Federal e mesmo pelo Direito Penal, é o direito à vida. A saúde, de igual sorte, é tutelada constitucionalmente.

Ousando divergir da eminente Relatora, concedo a ordem.

O Sr. Des. Audebert Delage - Sr. Presidente. Ouvi, atentamente, o substancioso voto da ilustre Colega, Des.ª Albergaria Costa, por quem tenho admiração, minha Colega de concurso de ingresso na Magistratura; todavia, tenho adotado um posicionamento que diverge de S. Ex.ª e, tendo elaborado voto escrito, passo à sua leitura.

Jorge Araújo dos Santos impetra mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado da Saúde de Minas Gerais consubstanciado na recusa em lhe fornecer o seguinte medicamento: Aripiprazol 20 mg, denominado Ability, do qual faz uso para tratamento da moléstia que o atinge - "transtorno esquizofrênico tipo misto".

A em. Relatora, Des.ª Albergaria Costa, denegou a ordem consignando que se apresenta legítima a negativa da Administração de fornecer medicamentos não elencados na lista de fármacos da rede pública, invocando as cláusulas da reserva do possível e da reserva da matéria orçamentária, além dos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade.

Data venia do ilustre posicionamento da Relatora, tenho que a segurança deve ser concedida.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 359

A Constituição Federal, em seu art. 6º, estabelece que:

> São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Dispõe, ainda, o mesmo diploma legal, em seu art. 196:

> A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença para a sua promoção, proteção e recuperação.

Além dos arts. 23, II, e 196 da CF/88, que atribuem ao Estado, nele compreendido o Estado Federado, o dever de propiciar ao cidadão o exercício de seu direito à saúde, seu cumprimento atende a um dos pilares da República Federativa do Brasil, qual seja a dignidade da pessoa humana, constante no art. 1º, III.

Ademais, o material probatório trazido aos autos atesta que o impetrante tem direito líquido e certo a amparar o pedido de fornecimento do referido medicamento às custas do Estado, tendo em vista que padece de "transtorno esquizofrênico tipo misto" - CID F. 25.2 e necessita de tratamento, conforme documentos acostados às f. 19/25.

O fato de o medicamento não constar da Portaria nº 1.318/03 não pode ser óbice ao fornecimento pleiteado, pois que a garantia à saúde e, em última análise, à vida é ampla e irrestrita, não cabendo à Administração erguer barreiras burocráticas ensejando obstaculizar ou mesmo impedir o tratamento adequado, notadamente na hipótese de o cidadão ser portador de moléstia grave, sendo estritamente necessário o uso do medicamento prescrito.

Além disso, sem razão o impetrado no que diz respeito à alegação de existência de medicamentos semelhantes ao pleiteado. Isso porque somente aos médicos cabe avaliar a troca de um remédio por outro, não sendo possível ao Poder Judiciário analisar a possibilidade de substituição de um tipo de medicamento por qualquer outro eventualmente sugerido pelo Estado de Minas Gerais.

Ante tais considerações, reiterando pedido de devida vênia à ilustre Relatora, concedo a segurança.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. Manuel Saramago - Sr. Presidente, eminentes Pares.

Ouvi, atentamente, o voto da ilustrada Relatora e quero participar aos meus Colegas que, especificamente, nessa matéria, não tenho compromisso com a coerência.

No que diz a ela respeito, tenho votos negando e outros concedendo, pois, para mim, cada caso é um caso.

O voto da eminente Relatora é brilhante, merece publicação, mas tenho receio de que vire paradigma, porque a questão da reserva do possível pode virar regra no Estado; quem nada está podendo nada paga, não paga precatório, não respeita o direito adquirido.

Vou pedir vista, mas vou deixar claro que o voto da Des.ª Albergaria merece todo o nosso elogio, merece ser estudado com profundidade, porque, repito, é brilhante; contudo, quanto à medicação que está sendo negada no voto da Relatora, sei, por conhecer pessoas que dela fazem uso, que, realmente, é o único remédio eficaz para o tratamento.

O Sr. Des. Moreira Diniz - Sr. Presidente. Vou pedir vênia e desculpas aos Colegas, principalmente, ao Des. Manuel Saramago, mas vou pleitear o direito de adiantar meu posicionamento, porque, durante a leitura do voto da eminente Relatora, desenvolvi um raciocínio e temo que, se for esperar um mês ou mais, ficará confuso externá-lo.

No nosso dia-a-dia, quando saímos de casa em direção, por exemplo, ao Tribunal,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 360

sempre nos habituamos a trilhar o mesmo caminho e chegamos, aqui, todos os dias, religiosamente, a princípio, sem problemas, sem percalços. Por isso, se tornar um hábito, nunca nos preocuparemos em procurar uma alternativa, um caminho mais rápido, ou mais seguro, ou mais apropriado, até que um dia um amigo nos indique um caminho alternativo, demonstre-nos que a sua opção é a melhor e, até, que aquele nosso hábito não era adequado, apropriado e poderia ser perigoso para a nossa segurança.

Mutatis mutantis, a situação é quase a mesma. Desde que cheguei a este Tribunal e comecei a participar de julgamentos, seja na 4ª Câmara Cível, seja neste Grupo de Câmaras, habituei-me a apreciar esses pedidos de fornecimento de medicamentos de tratamento de saúde, que muito me impressionavam, com resistência a sua concessão. Contudo, certa vez, conversando com o Prof. Fernando Jaime, que era da PUC/São Gabriel e, hoje, é da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, inclusive, quando estava participando de um seminário promovido pelos alunos daquela unidade, fui alertado da função da Justiça no século XXI e da necessidade de nós, juízes, intérpretes do Direito, compreendermos e interpretarmos melhor a Constituição Federal, e, a partir daí, firmei posicionamento no sentido de conceder a segurança, salvo casos excepcionais, por entender que o direito à saúde e à vida está consagrado na Constituição Federal, como direito essencial do cidadão. E, como direito essencial que é, não está sujeito a restrições ou regulamentações e, muito menos, à boa vontade ou à má vontade do administrador público. O Estado não existe em função do administrador nem em função de si próprio; o Estado existe em função do cidadão. Se o Estado não cumpre a sua finalidade, que é atender ao cidadão, de propiciar uma vida normal, perde a sua razão de ser, e, ainda que por situações diversas, estaríamos diante de um caos, que seria a autonegação do Estado.

Norberto Bobbio sempre discorria sobre esse tema, chamando a atenção para que tudo existe em função do cidadão, não da sua individualidade sobrepondo-se à coletividade, mas, embora se respeitando a coletividade, há que se preservar o direito de sua célula, que é cada um dos cidadãos que a integram.

Por isso é que sempre concedi a segurança. Recentemente, alertado pelo Des. Manuel Saramago e, também, pela Des.ª Albergaria Costa, passei a meditar um pouco mais e a olhar com um pouco mais de profundidade cada um dos casos a nós apresentados, e, hoje, fico alentado pelo voto da Des.ª Albergaria Costa, que nos trouxe "sangue novo", que nos trouxe idéias novas e que nos obriga a mais reflexão, porque, realmente, é preciso tomar cuidado com essas situações envolvendo a coisa pública, envolvendo finanças públicas, envolvendo atos administrativos.

Entretanto, sinto reserva quanto a essa cláusula de reserva do possível, porque, se formos seguir esse parâmetro, essa teoria, no Brasil, tudo será impossível para o cidadão, porque o Estado pode tudo e o cidadão nada pode. Como é que vamos exigir que o cidadão espere que o administrador coloque no orçamento a disponibilidade financeira para esse atendimento de saúde, tal como determinado pela Constituição Federal, se já presenciamos, já testemunhamos que isso nunca ocorre?

Todos nós sentimos na carne, diariamente, as conseqüências da criação da chamada CPMF, que, antigamente, se chamava contribuição provisória sobre movimentação financeira e que, hoje, até poderia mudar de nome, porque é contribuição definitiva sobre movimentação financeira.

O que causa mais perplexidade é que essa contribuição foi criada por inspiração do Ministro da Saúde da época, o Dr. Jatene, médico, conhecedor dos problemas e da realidade social. Essa contribuição foi criada com o motivo e com o pretexto de permitir à Administração Pública a arrecadação de meios para a melhoria do sistema de saúde do nosso País. E o que nós vimos? Lamentavelmente, ao que parece, nenhum centavo foi canalizado

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 361

para a assistência de saúde, e, se foi, não demonstraram, porque já admitiram, depois disso, que esse dinheiro se destina a outras necessidades do Estado.

Não discuto que o Estado tem que fazer caixa, como Poder Público que é, para as suas diversas necessidades, mas, a partir do momento em que se cria um tributo, com uma destinação específica, em um País já tão sobrecarregado de tributos, é necessário cumprir a sua destinação, e não se cumpre.

A saúde continua do mesmo jeito, o Governo Federal, que criou essa contribuição, transferiu para os Estados e, principalmente, para os Municípios toda a responsabilidade pelo atendimento de saúde do cidadão, com a criação do SUS, e vou aqui fazer um parêntese para dizer que, pelo menos, aqui, em Belo Horizonte, o SUS tem funcionado, porque, em qualquer posto de saúde de nossa Capital, qualquer pessoa que lá compareça é muito bem atendida, na medida de suas necessidades; contudo, às vezes, vejo pela imprensa críticas a esse atendimento. Acho que o SUS faz o possível, mas não pode fazer milagre. Os Municípios ficaram sobrecarregados, porque a CPMF, que foi criada pelo Governo Federal para aplicação na saúde, e não é mais nela aplicada, tornou-se, de provisória, definitiva, e, principalmente, os Municípios é que estão prestando assistência de saúde e, numa parcela razoável, os Estados.

Então, não me impressiona essa cláusula de reserva do possível, porque já percebemos que, se o cidadão for esperar que o administrador público inclua no orçamento verba para tratamento de saúde, vai morrer, porque vírus, bactéria e germe não sabem ler, não votam, não conhecem Constituição e só se preocupam em infectar o corpo humano.

Vírus, bactéria e germe não conhecem o orçamento, não sabem o que é Lei de Responsabilidade Fiscal, e o cidadão doente tem que se entender é com essas três entidades.

Se formos ficar esperando, por causa dessa cláusula da reserva do possível, que venha orçamento para essa necessidade, vamos deixar de fazer justiça; e a obrigação do magistrado é aplicar a Constituição na amplitude de sua finalidade, porque não adianta escrever na Carta Magna, como escreveram, no § 3º do art. 182, que os juros bancários estavam limitados a 12% ao ano e, depois, nós, do Judiciário, não aplicamos e ainda fomos dizer que a matéria carecia de regulamentação. Não sei o que precisa ser regulamentado num texto que diz que os juros estão limitados a 12% ao ano.

Aqui é a mesma coisa. O Estado tem que prestar assistência de saúde ao cidadão necessitado. Não tem outra opção, porque senão não adianta a Justiça, e nós temos concedido a servidores públicos direitos que incluem pagamentos de direitos que eles não recebem do Poder Público, sem nos preocuparmos em saber se está no orçamento. Se há direito, ele tem que ser pago, independentemente de estar no orçamento. O orçamento para cumprir uma decisão judicial vai sujeitar o recebimento ao precatório, porque ele vai entrar no orçamento do ano subseqüente.

Então, não me impressiona isso. Não se trata de, indiscriminadamente, mandar que o Estado pague o que ele não pode, ou substituir o administrador público na prática do ato administrativo; trata-se de abrir os olhos e parar de pensar que não estamos vendo o que nós estamos vendo, porque já vêm de anos as decisões judiciais mandando dar assistência de saúde, e nem assim o administrador coloca no orçamento do ano seguinte previsão orçamentária para isso. Então, para que existe a Constituição? Para que existe a disposição constitucional? O cidadão não pode saber.

Coloque-se no lugar de um cidadão que está com câncer, em fase grave, avançada, com Aids, ou tem problemas mentais gravíssimos, a família desesperada, o cidadão precisando de medicamento, e nós, pensando no orçamento que nunca haverá. E nós, discutindo se aquele medicamento é o melhor ou não, o mais adequado ou não. Quem prescreve medicamento é o médico que assiste o cidadão. O Estado não tem direito de questionar medica-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 362

mento ou prescrição médica. É um absurdo o que tenho visto nos mandados de segurança e em outras ações em que o Estado alega que aquele medicamento não é adequado para aquele paciente. Impressiona-me que as associações médicas ainda não tenham tomado uma providência mais rigorosa, inclusive, com a atuação do Ministério Público, para cobrar a responsabilidade do administrador público que está interferindo ou pretendendo interferir na sagrada relação médico-paciente.

É por isso que aqui não se pode falar em dilação probatória, porque, nem em mandado de segurança, nem em ação ordinária, podemos discutir, aqui, se aquele medicamento é o melhor ou não para aquele paciente. O médico diz que é e nós temos que acatar. A responsabilidade é do médico.

Imaginem, Vossas Excelências, se nós disséssemos que esse medicamento não é adequado, que não damos esse e mandamos dar outro, demonstrando-se depois que, de fato, era o indicado, e o cidadão morre, ou se agrava o seu problema, isso porque fomos questionar um tratamento de saúde. Isso não pode acontecer. É por isso que não se trata de dilação probatória.

Mas há condições para que se cumpra a Constituição. Eu confesso que estava, até, um pouco menos exigente, mas passei a ser mais, alertado pelo Des. Manuel Saramago e pela Des.ª Albergaria Costa, porque estou constatando que, em alguns casos, o cidadão nem prova que tem a incapacidade financeira de pagar. Se é verdade que a Constituição determina ao Estado que preste assistência de saúde ao cidadão, não é menos verdade que o que a Constituição quer dizer é que se preste essa assistência ao cidadão que dela necessite e que não possa com meios próprios dela usufruir. O incapacitado financeiramente tem direito, mas aquele que tem condição financeira não o tem, porque, senão, prejudicaremos quem verdadeiramente necessita, sobrecarregando os parcos recursos do Tesouro Público.

E não se confunda a pobreza para fins judiciais, que é aquela estabelecida por presunção, na Lei 1.060/50, que decorre da simples declaração do interessado de que é incapacitado de arcar com a despesa de um processo, sem prejuízo do próprio sustento ou de seus familiares, com a pobreza que dá o direito à assistência de saúde preconizada pela Constituição Federal, sem contraprestação.

Nos autos, no caso do Dr. Jorge de Araújo Rodrigues, que é médico, não há prova de sua incapacitação. E o que é mais grave, a impetração menciona, à f. 4, no último parágrafo, que "... felizmente o impetrante sobrevive com seu trabalho", muito embora se afirme extremamente prejudicado pela doença. Ora, o impetrante admite que tem condições de sobreviver com seu trabalho. Na página seguinte, no primeiro parágrafo, o impetrante informa que, durante todo o tratamento, fez uso das medicações através de recursos próprios. Então, ele está confessando que tinha capacidade financeira e diz, agora, que só recorre à tutela jurisdicional devido à negativa da Secretaria Estadual de Saúde e por não mais possuir condições de arcar com o tratamento. Aqui, já passou a ser obrigação do impetrante provar que não tem mais condições financeiras. Não basta a simples alegação, porque, em juízo, salvo o caso excepcional das despesas judiciais de que trata a Lei 1.060/50, o cidadão não pode, simplesmente, declarar a sua incapacidade financeira, ele tem que prová-la; e ele admite que tinha, dizendo que, agora, não tem.

Nesse mesmo parágrafo, ele acrescenta outra informação que demonstra que não tem direito líquido e certo, porque ele fala que recorreu à Justiça, devido à negativa da Secretaria Estadual de Saúde.

Perdoe-me o impetrante, mas isso não corresponde à realidade, porque ele não juntou nenhum documento da Secretaria Estadual de Saúde respondendo negativamente à sua notificação, que está às f. 26/27. Ele impetrou a segurança no dia 13 de setembro, notificou o Estado no dia 24 de agosto, chegando ao extremo de dizer que daria o prazo até o dia 5

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 363

de setembro, sob pena de ser considerado em mora.

Ora, a ninguém é dado o direito desse tipo de notificação, qual seja a de compelir o administrador público a praticar determinado ato, estabelecendo prazo que a lei não estipula nem especifica claramente, sob pena de automática constituição em mora.

E, vou aqui, nesse ponto, pedir respeitosa vênia à eminente Des.ª Relatora para discordar de uma consideração feita por S. Ex.ª, em seu voto, quando afirma que não é necessário exaurir o procedimento administrativo, porque a parte pode entrar em juízo mesmo sem exauri-lo.

Em caso de mandado de segurança, sem que haja a prática de ato, ainda que omissivo, não se pode entrar com a impetração, porque não existe ato violador de direito líquido e certo. O Estado e o Município, através do SUS, têm procedimentos próprios, têm formulários a serem preenchidos e apresentados, acompanhados de documentação que é neles indicada para obtenção desses medicamentos. Nem isso o impetrante fez. Ele não apresentou qualquer requerimento formal à Secretaria Estadual de Saúde, simplesmente notificou, por ouvir dizer que haveria recusa, porque, segundo o que ele aqui afirma, funcionários vinculados à Secretaria Estadual de Saúde teriam respondido verbalmente que ele não conseguiria o fornecimento da medicação.

Onde está o ato impugnado?

Onde está o ato que poderia ser violador de direito adquirido do cidadão?

O cidadão não precisa esperar a resposta ou a decisão administrativa quando há a prática de um ato administrativo, ou quando ele requer ou recorre de alguma coisa em função daquele ato. Ele pode ir direto ao juízo, porque aquele ato administrativo, ativo ou omissivo, está prejudicando ou violando um direito seu. Mas, aqui, não há ato nenhum da Secretaria Estadual de Saúde, porque ele não requereu formalmente o fornecimento do remédio.

É certo que ele notificou, mas onde há a resposta negativa?

No plantão do último recesso, despachei um mandado de segurança de uma senhora e indeferi liminarmente a petição inicial, exatamente porque requerera ela o fornecimento de um medicamento no dia anterior e, antes de completar vinte e quatro horas, e sem resposta negativa, já impetrou mandado de segurança dizendo que não ia receber a resposta positiva. Eu extingui o processo. O que fizeram os advogados? Sei porque acompanhei, depois, as publicações do plantão que sucedeu ao meu; foram à Administração Pública, requereram a resposta afirmativa ou negativa, receberam a resposta negativa documentada e impetraram outro mandado de segurança, e o Desembargador de plantão, nesse novo mandado de segurança, concedeu a liminar, porque, na segunda vez, havia ato da autoridade. Mas, repito, aqui, não há ato. Onde está a negativa?

Até admito que em julgamentos anteriores vínhamos aceitando que a resposta e as informações da autoridade resistindo à ordem consistiam na prova da recusa, mas estou refletindo sobre isso e penso ser essa situação inadmissível, porque não se pode impetrar mandado de segurança contra ato futuro. A recusa só ocorre depois da impetração.

Não posso julgar por presunção, e o que tenho visto neste processo é: "- Eu já sei que não vai ser fornecido o medicamento. O funcionário disse verbalmente". Por que ele não exigiu que o funcionário que disse verbalmente o dissesse por escrito? Porque ele, lamentavelmente, não se preocupou com isso. O impetrante nem sequer requereu pelos caminhos adequados, com formulário próprio. E, quanto a isso, realmente, concordo com a Des.ª Albergaria Costa: o Judiciário não pode substituir o administrador público, fornecer por presunção, conceder por adiantamento ou por hipótese.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 364

Então, no caso, denego a segurança, não pelas razões lançadas no brilhante voto da Des.ª Albergaria Costa, mas porque o impetrante não comprovou o estado de incapacidade para custear o seu tratamento. Não demonstrou na impetração ato violador de seu direito, porque não havia, até então, qualquer ato de recusa de fornecimento do medicamento.

É como voto.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA 1ª PRELIMINAR, VENCIDOS A RELATORA, O 1º E O 2º VOGAIS, QUE A REJEITAVAM. REJEITARAM A 2ª PRELIMINAR, À UNANIMIDADE. NO MÉRITO, PEDIU VISTA O DES. MANUEL SARAMAGO, APÓS A RELATORA DENEGAR A SEGURANÇA E O 1º E 2º VOGAIS A CONCEDEREM. O DES. MOREIRA DINIZ (4º VOGAL), EM ANTECIPAÇÃO, DENEGOU A ORDEM.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento pelo impetrante o Dr. Régis Guimarães Guerra.

O Sr. Presidente (Des. Almeida Melo) - O julgamento deste feito, após não conhecerem da 1ª preliminar, vencidos a Relatora, o 1º e 2º Vogais, que a rejeitavam, e de rejeitarem a 2ª preliminar, à unanimidade, foi adiado na sessão do dia 07.02.2007, a pedido do Des. Manuel Saramago, depois de votar a Relatora, denegando a segurança; o 1º e 2º Vogais, concedendo-a; e o Des. Moreira Diniz (4º Vogal), em antecipação, denegando a ordem.

Com a palavra o Des. Manuel Saramago.

O Sr. Des. Manuel Saramago - O impetrante aduziu na inicial que é portador de enfermidade mental denominada "transtorno esquizoafetivo do tipo misto (CID-F 25.1)", razão por que postulou que lhe fosse dispensada a medicação - Ability -, descrita nos receituários médicos de f. 19/24-TJ, da autoria do Dr. Carlos Alberto de Abreu Lima - CRM/MG 18.736.

Nas informações prestadas às f. 49/62-TJ, a douta autoridade apontada como coatora alegou que "não há nos autos a impreterível prova pré-constituída da ineficácia ou da inadequação de vários outros medicamentos similares disponíveis e aplicáveis à enfermidade do impetrante, regularmente fornecido pelo SUS" (f. 51-TJ).

Realmente, inexistem provas nos autos que me convençam, de imediato, de que a medicação fornecida pelo SUS para o mal do qual é acometido o impetrante é para este ineficaz ou inadequada. Os relatórios médicos que instruíram a inicial não se prestam para, de pronto, comprovar a liquidez e certeza do direito invocado na petição inicial.

Com efeito, *in casu*, a matéria expendida na inicial está a desafiar a produção de prova técnica para se saber se a medicação disponibilizada pelo SUS é ou não eficaz no tratamento da moléstia de que padece o impetrante, o que é incabível nos estreitos limites do mandado de segurança.

Sem embargo ao princípio constitucional da saúde, consagrado no art. 196 da Carta Magna, não se permite ao Poder Judiciário, sem o mínimo de prova necessária, imiscuir-se na função administrativa, determinando a distribuição indiscriminada de medicamentos, redobrada vênia.

Apenas para ilustrar, outra questão me causou estranheza e perplexidade: tanto no presente *mandamus* como também no de nº 1.0000.06.444.997-8/000, os quais pedi vista na sessão anzterior deste Grupo, ocorrida no dia 07.02.2007, o médico e o advogado que representa os impetrantes e a natureza das moléstias de que falecem aqueles apresentam identidade.

Isso posto, hei por bem colocar-me de acordo com a ilustre Relatora, Des.ª Albergaria Costa, pedindo redobrada vênia aos doutos Vogais que me precederam no presente julgamento, para, também, denegar a segurança.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 365

O Sr. Des. Dárcio Lopardi - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Jorge de Araújo Rodrigues contra ato do Secretário de Saúde do Estado de Minas Gerais, que negou o fornecimento de medicamentos que lhe foram indicados para tratamento do quadro de "transtorno esquizofrênico tipo misto".

Ultrapassadas as questões preliminares, passo a analisar o mérito recursal, pedindo vênia à ilustre Relatora para discordar de seu proficiente voto.

Segundo Alexandre de Moraes, temos que:

> 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 (CF, art. 196), sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197) (*Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 664-665).

Lado outro, não se olvida a relevância do respeito ao princípio constitucional da igualdade, segundo o qual, na dicção do doutrinador supracitado,

> ... o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito...

Percebe-se, pois, que, não obstante o sistema público de saúde deva fornecer a todos os cidadãos, de forma igualitária, medicamentos e tratamento médico, certo é que nem todas as pessoas necessitam da mesma forma dos serviços e produtos que lhes são disponibilizados.

Lado outro, deve-se ressaltar que o Poder Público não pode se furtar ao dever de prestar efetiva assistência à saúde dos cidadãos sob o fraco argumento de que, ao ser condenado na Justiça a prestar atendimento a uma única pessoa, as demais que não ajuizaram ações perante o Poder Judiciário e que também necessitam de tratamento serão prejudicadas.

Isso porque todas as pessoas que necessitem de atendimento médico, ao menos em tese, fazem jus a ele, sendo que o magistrado, ao determinar que se preste o tratamento ao demandante, não fere o princípio da igualdade, mas apenas determina que a Administração Pública cumpra seu dever, que já deveria estar sendo cumprido em relação a todos os pacientes, e não somente àqueles que ajuízam demandas.

Observe-se que não está ao alcance do Poder Judiciário determinar que o Poder Público preste a assistência integral à saúde a todos aqueles que dele necessitam, indefinidamente, visto que, por força da imparcialidade, está sujeito à provocação da parte interessada para se manifestar. Todavia, submetido um caso a sua apreciação, deverá compelir o ente público a cumprir seu dever, o que já deveria estar sendo feito de forma voluntária e prioritária pela Administração Pública.

Acrescente-se, ainda, que o direito à saúde deve ser preservado prioritariamente pelos entes públicos, uma vez que não se trata apenas de fornecer medicamentos e atendimento aos pacientes. Trata-se, mais, de preservar a integridade física e moral do cidadão, a sua dignidade enquanto pessoa humana e, sobretudo, o bem maior protegido pelo ordenamento jurídico pátrio, qual seja a vida.

Portanto, o direito à saúde engloba toda uma trama de direitos fundamentais cuja proteção é priorizada pela Carta Magna de 1988,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 366

não sendo razoável preterir o administrado de seu pleno gozo sob qualquer argumento.

Ademais, não se justifica a manutenção de uma Administração Pública incapaz de preservar a saúde e a vida de seus próprios cidadãos, visto que a gestão pública não é um fim em si mesma, mas se justifica no bem-estar e preservação da qualidade de vida dos administrados.

Assim, ainda que outras pessoas que também necessitam de tratamento médico e fornecimento de medicamentos estejam sofrendo com a desídia do Poder Público em atendê-las, somente se encontra ao alcance do Poder Judiciário decidir favoravelmente aos cidadãos que buscam em sua manifestação a proteção para seus direitos fundamentais, mormente quando urgente o pleito, na esperança de, com tal atitude, modificar a mentalidade do administrador público brasileiro, chamando sua atenção para a necessidade de prestar efetivamente a assistência à saúde de seus administrados.

Nesse sentido, a atividade judicante busca conseguir, ainda que a longo prazo, influenciar positivamente na solução das mazelas criadas na gestão pública da saúde no País, ressaltando seu caráter prioritário e urgente.

Não se obscurece para o surgimento de uma nova tendência na jurisprudência, no sentido de relativizar o dever do Poder Público de garantir a saúde dos cidadãos, amparada pelo argumento de que o objeto do direito à saúde seria de difícil definição, precisando ser apreciado cuidadosamente, assim como deveria ser considerada, em casos que tais, a disponibilidade de recursos materiais e pessoais do Estado para fazer frente a tal necessidade.

A saúde não é um conceito matemático, não havendo como se prever, entre casos graves, aqueles em que um medicamento pode representar a salvação da vida do paciente, ou aqueles em que o paciente sobreviverá, nem mesmo a utilização daquele tratamento indicado.

Por tal motivo, não se pode deixar os cidadãos carentes, que necessitam de tratamento, conforme regular pedido médico, à mercê da sorte, pois nem os profissionais da área médica, nem os juristas têm o poder de graduar as necessidades fisiológicas de cada paciente, decidindo em quais casos a prestação de assistência à saúde seria básica e vital.

Lembre-se que o paciente que recorre ao Poder Judiciário, munido de documentos que comprovam ser portador de certa doença grave e de indicação médica urgente para o uso de algum medicamento ou adoção de certa intervenção, não objetiva, em regra, qualquer vantagem pessoal ilícita. Sua atitude de recorrer ao Judiciário para buscar a satisfação de sua pretensão reflete apenas seu estado de necessidade de curar-se, paralisando o mal que o aflige, de forma a restabelecer sua integridade, sua saúde e, por fim, sua sobrevida.

De fato, o juiz terá discricionariedade para definir em quais casos deverá conceder o direito ao tratamento médico ao paciente requerente. Contudo, na busca da justiça real, entendo que o magistrado não deverá olvidar-se para sua convicção íntima, formada pelos documentos trazidos pela parte, de que aquela pessoa que bate às portas do Poder Judiciário se encontra ávida pela recuperação de sua saúde, impondo-se a atuação do Estado para salvá-la daquela situação de desespero e fragilidade.

Árdua será a atividade do juiz, que deverá ter um *feeling* para perceber a imprescindibilidade dos pedidos de tratamento ou de assistência à saúde pleiteados pela parte. Contudo, constatada tal imprescindibilidade, outra não poderá ser sua decisão, que não a da concessão da pretensão, para tornar efetiva tão relevante garantia fundamental.

Por conseguinte, essa tendência moderna de relativização do direito à saúde, quando da apreciação de mandados de segurança pleiteando tratamento ou atendimento médico, deve ser observada com cautela, na medida em que, conforme já se salientou, o direito à saúde

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 367

repercute, em última instância, no próprio direito à vida, à integridade física e psíquica. Assim, não se estaria relativizando apenas um direito fundamental constitucionalmente garantido, mas vários deles, fato esse que representa clara afronta não somente ao texto constitucional, mas ao próprio Estado Democrático de Direito, em seus mais basilares princípios.

Também não se pode considerar que a falta de recursos do Estado seja um óbice à concretização da garantia constitucional à saúde, pois, sendo esse um dever estabelecido com prioridade pela Constituição da República de 1988, é completamente contraditório e inconcebível permitir que as pessoas sofram e até morram por falta de tratamento e atendimento médico adequados, enquanto a máquina do Estado trabalha empregando dinheiro público em tantas outras esferas, sendo até, muitas vezes, desviado para fins escusos, como lamentavelmente se tem notícia, de tempos em tempos, no País.

De nada vale a Administração Pública de um Estado se não consegue, sequer, conservar a saúde e a vida de seus cidadãos, pois o Estado não é um fim em si mesmo, devendo os gestores públicos atuar de forma a dar efetividade à Constituição Cidadã, de 1988, buscando concretizar os direitos fundamentais em relação a cada um dos indivíduos.

Não é razoável esperar que a pessoa contribua para os cofres públicos, pagando tributos que serão empregados nos mais diversos ramos da atividade administrativa, para ser deixada à míngua quando sua saúde falhar, por omissão do Estado. Quão frustrante para o cidadão a constatação de que os direitos fundamentais somente poderão ser efetivados em casos extremos, e somente quando o Estado possuir disponibilidade de recursos e pessoal para tanto.

Data venia, não é esse o papel do Poder Judiciário na sociedade, nem o objetivo da Justiça, pois o magistrado não pode desconsiderar o texto constitucional do qual emana, inclusive, a própria jurisdição que lhe é atribuída.

E não cabe entender que o direito à saúde deve ser relativizado, pois o Poder Público possui também outras prioridades, como a educação, a moradia, a assistência social, porque tais direitos não terão tamanha relevância no caso de o cidadão, destituído de sua saúde, ter que se conformar com a degradação física e emocional de seu organismo em prol da manutenção da educação escolar, da residência aos carentes, ou de qualquer outra atividade administrativa.

Não se olvida, por óbvio, a importância do direito à educação, à moradia, ou de qualquer outro direito social. Contudo, a Constituição da República não é excludente, no sentido de que, para um ser atendido, o outro deverá ser prejudicado. O que o legislador constituinte buscou foi definir alguns desses direitos como prioridades, no sentido de que, na falta de recursos para todos, deverá ser atendido o interesse valorado como prioritário.

Também não se deve permitir que as normas orçamentárias, apesar de seu relevante papel na Administração Pública, sejam um entrave para a efetivação de um direito fundamental considerado prioritário pela Constituição da República de 1988, pois, caso assim se entendesse, em nenhuma hipótese, nem mesmo naquelas em que o paciente estivesse à beira da morte, necessitando urgentemente de um medicamento não constante da rede pública de assistência à saúde, haveria meios de lhe proporcionar a cura.

Não se pode considerar que a imposição ao Ente Federado da obrigação de prestar assistência médica e material ao autor, demonstrada nos autos a necessidade, representaria um dano ao erário, pois, quanto mais gastar com saúde, em contrapartida, mais recursos receberá do Ministério da Saúde, não havendo, portanto, justificativa para se furtar a garantir o direito fundamental ora pleiteado.

A meu entender, recusando-se a efetivar, no caso concreto, o direito à saúde, o ente público estaria, na verdade, sendo omisso em relação ao seu dever de assistir aqueles que

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 368

necessitam de tratamento urgente, afastando a atuação administrativa dos princípios e obrigações básicas que a regem.

Isso posto, com a devida vênia, concedo a segurança, condenando o impetrado a fornecer os medicamentos indicados ao autor, da forma prescrita pelo profissional da área médica, enquanto necessitar do tratamento. Determino, ainda, seja fixada, a título de *astreintes*, multa diária de duzentos reais, por descumprimento da obrigação ora imposta. Por conseguinte, deixo de arbitrar honorários advocatícios, nos termos da Súmula n° 512 do STF. Custas processuais, *ex lege*.

O Sr. Des. Dídimo Inocêncio de Paula - Sr. Presidente. Cotejando o material fornecido, observo que se trata, uma vez mais, de mandado de segurança para fins de obtenção de fornecimento de medicamento.

Desde a primeira hora em que aportei neste Grupo de Câmaras, tenho afirmado a minha dificuldade em aceitar o manejo da ação mandamental para efeito da busca de fornecimento de medicamento e isso, necessariamente, por entender que dificilmente se consegue fazer a prova pré-constituída, desde logo, no *mandamus*.

Anoto e entendo perfeitamente as posições divergentes na espécie; contudo, no caso específico, com respeitosa vênia das opiniões em contrário, e observando a agudez com que se houve a douta Relatora, Des.ª Albergaria Costa, peço-lhe vênia para subscrever na íntegra o seu judicioso voto.

Denego a segurança.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA 1ª PRELIMINAR, VENCIDA A RELATORA, O 1º E 2º VOGAIS, QUE A REJEITAVAM. REJEITARAM A 2ª PRELIMINAR, À UNANIMIDADE. NO MÉRITO, DENEGARAM A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

-:::-

COMPETÊNCIA - AÇÃO ORDINÁRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - RELAÇÃO DE CONSUMO - AJUIZAMENTO - FORO ESTRANHO AO DOMICÍLIO DAS PARTES - PREVISÃO LEGAL - AUSÊNCIA - PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL - VIOLAÇÃO - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - DECLARAÇÃO

Ementa: Competência. Domicílio do representante processual da parte autora. Falta de amparo legal. Foro diverso do domicílio das partes e do local de celebração ou de cumprimento do contrato. Escolha aleatória. Violação ao princípio do juiz natural.

- Não há norma processual que permita o ajuizamento de ação de revisão contratual no foro do domicílio do representante processual da parte autora, se este não coincide com o domicílio de nenhuma das partes envolvidas no litígio, com o local de celebração ou cumprimento do contrato firmado ou com o foro contratualmente eleito.

- Tendo a demanda sido proposta sem qualquer observação aos critérios de competência estabelecidos pela legislação infraconstitucional, em local escolhido de forma aleatória, evidente a violação do princípio do juiz natural.

AGRAVO N° 1.0024.07.464188-7/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Ana Cláudia Schlottfeldt Mendes e outros, representados pela Andec - Agravado: Unicard Banco Múltiplo S.A. - Relatora: Des.ª SELMA MARQUES

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 369

Acórdão

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

Belo Horizonte, 9 de maio de 2007. - *Selma Marques* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Selma Marques - Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de f. 65-anverso e verso e 66-TJ, que, nos autos da ação de nulidade de cláusulas contratuais abusivas c/c repetição de indébito ajuizada pela parte agravante contra Unicard Banco Múltiplo S.A., indeferiu os benefícios da assistência judiciária pleiteados pela parte autora.

Às f. 71/76-TJ foi aplicado efeito translativo ao recurso de agravo de instrumento para determinar a extinção da ação principal, cuja propositura viola o princípio constitucional do juiz natural, e, por conseguinte, gera incompetência absoluta.

Inconformada com esta decisão, ajuizou a parte agravante agravo interno, f. 82/92-TJ, requerendo a reforma da decisão monocrática para que o agravo seja processado e provido.

Aduz, em síntese, que o CDC assegura o direito de que seja a ação proposta no foro mais benéfico à parte autora.

Presentes os requisitos legais, admito o recurso.

A Justiça Estadual de Minas Gerais é incompetente para conhecer da ação ordinária de nulidade de cláusulas contratuais abusivas c/c repetição de indébito ajuizada por filiados da Andec que residem em outros Estados da Federação.

Necessário ressaltar que a Andec não goza de qualquer privilégio de foro e não pode optar por propor a ação no Estado de Minas Gerais.

Ana Cláudia Schottfeldt Mendes tem domicílio na cidade do Rio de Janeiro-RJ, Ana Júlia Prisco tem domicílio em Santo André-SP, Roberto Assunção Siqueira tem domicílio em Bragança Paulista-SP, Eneida Silva Capece e Sinésio Capece são domiciliados em São Paulo-SP, já a parte ré tem domicílio em Barueri-SP, não havendo qualquer indício de que a relação jurídica entre as partes se tenha desenvolvido fora daqueles foros.

Além disso, dispõe a cláusula 18.9 (f. 44-TJ) que o foro do contrato é o do domicílio das partes, não havendo, portanto, razões para que a demanda tenha seu trâmite perante a Justiça Mineira.

Afinal, as causas cíveis serão processadas e decididas pelos órgãos jurisdicionais nos limites de sua competência, que são aquelas legalmente previstas (art. 86 do CPC).

A ser como pretendem a Andec e as agravantes domiciliadas em São Paulo, ocorrerá afronta ao princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF).

Constitui o princípio do juiz natural, previsto no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal, instituto que afasta os juízos de exceção e assegura que ninguém será processado, nem sentenciado, senão por autoridade competente, que é aquela cuja lei fixou de forma prévia e abstrata a competência para analisar e decidir o caso *sub judice*.

Depreende-se que o princípio do juiz natural visa garantir que os processos tramitem perante órgãos com a competência estabelecida com base em critérios prévios, gerais e abstratos, assegurando, por conseguinte, a própria imparcialidade do julgador.

No magistério de Humberto Theodoro Júnior:

> só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 370

> poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed., v. I, p. 38).

Sobre o tema leciona ainda Marinoni:

> O primeiro e mais importante princípio relativo à competência é do juiz natural. Por ele, em toda estrutura jurisdicional concebida, haverá um e apenas um órgão competente para examinar a cada uma das causas existentes. Mais que isso, por essa garantia, exige-se que a determinação desse órgão competente se dê por critérios abstratos previamente estabelecidos, repugnando ao direito nacional a instituição de juízos de exceção (criados para certos casos determinados e *ex post facto*) (MARINONI, Luis Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed., p. 47).

Ou seja, cabe à lei fixar previamente e de forma genérica os critérios a serem utilizados para a identificação do juízo competente para o processo e julgamento dos casos eventualmente surgidos, vedada sua fixação *a posteriori*, ou por livre conveniência das partes, tal qual pretende a representante da parte agravante neste caso, ao tentar estender o foro de seu domicilio à parte agravante, ajuizando ação cujas autoras têm domicílio em São Paulo, escolhendo, sem nenhum respaldo legal e a seu livre arbítrio, o foro em que pretende que seja julgada a ação, o que implica grave ofensa ao princípio do juiz natural.

Afinal, a instauração de demanda judicial e, em especial, seu julgamento não ocorrem de forma aleatória e caótica ao bem entender das partes litigantes, mas obedecem, mesmo nos casos de competência relativa, a critérios legais preestabelecidos para a identificação do juízo ao qual será levada a demanda, pois, ainda que a jurisdição seja única, ela é repartida em medidas legalmente estipuladas pelos órgãos do Judiciário, a isso se chama competência.

Assim entendo que o ajuizamento do feito em Belo Horizonte pela Andec fere esse princípio, já que não se trata do domicílio das agravantes, e, não obstante não terem sido juntados os contratos dos quais se pretende a revisão, certamente não se cuida do foro de eleição, e muito menos do foro da ré, o que implica ofensa às disposições legais que regulamentam o princípio do juiz natural em nível infraconstitucional.

Na verdade, a Andec está escolhendo o foro de sua particular conveniência, não das agravantes, o que não tem o condão de sequer facilitar a participação dos agravantes domiciliados em São Paulo na lide.

Sendo a Andec instituição de atuação nacional, poderia aparelhar-se para tanto, não pretender transferir para o foro de Belo Horizonte as ações de partes domiciliadas nos diversos Estados da Federação, o que, por não obedecer aos ditames processuais legalmente estabelecidos, viola o princípio do juiz natural.

Sobre o tema já decidiu este TJMG:

> Agravo de instrumento - Exceção de incompetência - Escolha do foro da sede da entidade representativa dos consumidores - Afronta ao princípio do juiz natural. - O Código de Defesa do Consumidor não impõe que a demanda que versa sobre relação de consumo seja conhecida pelo juízo do domícilio do representante processual do consumidor. - Só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional, não sendo dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna. -Inexiste previsão legal para adoção do foro da sede de entidade associativa (1.0024.06.986571-5/001 - Heloísa Combat).

Registre-se que a petição do agravo interno ajuizado é instruída com trecho de acórdão cuja Relatora foi a eminente Desem-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 371

bargadora Heloísa Combat (nº 1.0024.05.778291-4/001), que entendeu competente a Comarca de Belo Horizonte para processar e julgar a ação revisional ajuizada; todavia, a ilustre Relatora amadureceu seu entendimento e, em momento posterior, como resta demonstrado pela ementa acima transcrita, entendeu, sob pena de ofensa ao princípio constitucional do juiz natural, ser impossível, por falta de previsão legal, o julgamento da lide no foro do domicílio da representante da parte autora.

> Agravo de instrumento - Revisão de cláusulas contratuais - Incompetência absoluta do foro da sede da Associação Nacional dos Consumidores de Crédito - Afronta ao princípio do juiz natural. - O Código de Defesa do Consumidor autoriza que a demanda que versa sobre relação de consumo seja conhecida pelo juízo que facilite a defesa do consumidor, inexistindo previsão legal para a adoção do foro da sede da entidade associativa. - Só exerce a jurisdição o órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional, não sendo dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção para o julgamento de certas causas, tampouco dar a organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Carta Magna (1.0024.05.897055-9/002 - Alvimar de Ávila).
>
> Agravo de instrumento - Pressuposto processual - Competência declinada - Efeito translativo do recurso - Consumidores representados pela Andec - Facilitação da defesa dos direitos - Foro estranho àqueles onde residem as partes. - Por força do chamado efeito translativo dos recursos, pode o juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição, conhecer de matéria ligada aos pressupostos processuais e às condições da ação, ainda à ausência de argüição pela parte, não o afetando o instituto da preclusão (CPC, art. 267, VI e § 3º). - Não obstante esteja devidamente caracterizada a relação de consumo dos contratos discutidos em juízo, não se pode pretender que o foro do juízo para apreciação e julgamento da causa seja diverso daquele onde residem as partes, ainda que representados pela Andec, já que tal fato não tem o condão de deslocar a competência para juízo diverso daquele legalmente reservado, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural (1.0024.06.034270-6/002 - Nilo Lacerda).
>
> Direito processual civil - Competência - Domicílio da procuradora - Critério estranho às normas de direito processual civil. - A competência é fixada conforme regra e disposições do CPC, não havendo qualquer critério adotado em razão do domicílio da procuradora. Parte autora residente em São Paulo e parte ré com sede em São Paulo. Para lá devem ser remetidos os autos (1.0024.06.034277-1/001 - Mota e Silva).

No caso da presente ação, latente a violação ao princípio constitucional do juiz natural, e, por conseguinte a incompetência absoluta da Justiça Mineira para apreciar a demanda proposta, art. 301, inciso II, do CPC.

Mediante tais considerações, nego provimento ao agravo interno e mantenho a decisão monocrática que aplicou o efeito translativo ao agravo interposto para, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC, extinguir o processo ajuizado sem julgamento do mérito.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Afrânio Vilela* e *Marcelo Rodrigues.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL - NATUREZA TRIBUTÁRIA - CATEGORIA - SINDICALIZAÇÃO - DESNECESSIDADE - COBRANÇA - LEGITIMIDADE CONCORRENTE - BASE DE CÁLCULO - VALOR DA TERRA NUA - CONVÊNIO - CNA E RECEITA FEDERAL - MULTA E JUROS - INCIDÊNCIA

Ementa: Cobrança. Contribuição sindical rural. Categoria. Desnecessidade de filiação. Base de cálculo. Incidência de multa e juros.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 372

- A contribuição sindical rural é devida por todos aqueles que se enquadrarem na respectiva categoria, não se confundindo com a contribuição confederativa.

- À contribuição sindical quitada fora do prazo, acresce-se multa de 10%, nos trinta primeiros dias, com adicional de 2%, por mês subseqüente de atraso, além de juros e de correção monetária.

- O valor da terra nua utilizado como base de cálculo da contribuição sindical, obtido através de convênio com a Receita Federal, tomando por base informações do contribuinte, prevalece até prova inconcussa em contrário.

APELAÇÃO CÍVEL N° 2.0000.00.476052-7/000 - Comarca de Patrocínio - Apelante: Maria Stella Pires Borges Lemos - Apelada: Confederação Nacional da Agricultura - CNA - Relator: Des. JOSÉ AMANCIO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de maio de 2007. - *José Amancio* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Amancio - Trata-se de apelação (f. 77/83) contra a r. sentença da MM. Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio-MG, julgando procedente o pedido na ação sumária de cobrança de contribuições sindicais proposta pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (atual denominação da Confederação Nacional da Agricultura) contra Maria Stella Pires Borges Lemos.

A apelante sustenta jamais haver participado ou ter sido filiada da autora apelada, não podendo submeter-se à cobrança de contribuição sindical, em face da ampla liberdade constitucional de sindicalização.

Defende a necessidade de lei regulamentadora da contribuição, questionando a base de cálculo adotada, a teor do art. 10 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996.

Argúi irregularidade na aplicação dos juros, da correção monetária e da multa.

Contra-razões às f. 88/91.

Declinada, de ofício, a competência para o exame do recurso para o egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, através do v. acórdão de f. 100/104, nos termos da Emenda Constitucional nº 45, a Justiça Especializada suscitou conflito negativo (f. 126/129), firmando o colendo Superior Tribunal de Justiça a competência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, definindo a questão (f. 133/134).

Quanto à legitimidade *ad causam*, cita-se a Súmula nº 3 do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

> A Confederação Nacional da Agricultura - CNA possui legitimidade para cobrar contribuição sindical rural, ficando tão-somente dispensada do recolhimento prévio da taxa judiciária e das custas processuais e recursais.

Mérito.

A contribuição sindical rural é devida por todos aqueles que se enquadrarem na respectiva categoria, independentemente de filiação

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 373

ao ente sindical e de regulamentação infraconstitucional, não se confundindo com a contribuição confederativa, prevista no art. 8º, inciso IV, da Constituição da República, não se amoldando à hipótese vertente os arestos nos quais se baseou a apelante.

A propósito, a jurisprudência:

> ... A Confederação Nacional da Agricultura - CNA tem legitimidade concorrente para propor ação de cobrança de contribuição sindical. A contribuição sindical tem natureza tributária e é devida por todos que se enquadrarem na categoria respectiva, não se confundindo com a contribuição confederativa (Apelação Cível nº 446.873-7, 9ª Câmara Cível, Relator Juiz Luciano Pinto, j. em 30.4.2004, TAMG).

> Constitucional. Contribuição sindical rural. Natureza tributária. Recepção. - I - A contribuição sindical rural, de natureza tributária, foi recepcionada pela ordem constitucional vigente, sendo, portanto, exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de filiação à entidade sindical. Precedentes... (AI-AgR 498686-SP, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 29.4.2005, p. 34, STF).

Melhor sorte não assiste a recorrente quanto à sua inconformidade relativa aos valores atribuídos como base de cálculo das contribuições.

A Secretaria da Receita Federal, através da Lei 9.393, de 19 de dezembro de 1996, foi autorizada a celebrar convênio com a Confederação Nacional da Agricultura para fornecimento de dados cadastrais dos imóveis rurais, de forma a possibilitar a cobrança da contribuição sindical rural.

A apelante não comprovou a incorreção do valor da terra nua (VTN) considerado para a apuração da contribuição, devendo prevalecer os valores lançados pela apelada, por ter sido observada a importância declarada para fins do Imposto Territorial Rural (ITR).

Jurisprudência:

> ... A contribuição sindical cobrada pela CNA não configura bitributação e tem como gerador o fato de pertencer o contribuinte à categoria ruralista. O valor da terra nua utilizado como base de cálculo da contribuição sindical é obtido através de convênio da CNA com a Secretaria da Receita Federal, que toma por base informações do próprio contribuinte... (Apelação nº 381.607-3, 2ª Câmara Cível, Relator Juiz Roberto Borges de Oliveira, j. em 22.4.2003, TAMG).

> ... O valor da terra nua para cálculo da contribuição sindical rural é autorizado pelo Decreto-lei 1.166/71 com as percentagens do art. 580 da CLT, conforme dados fornecidos pelo próprio requerido junto da Receita Federal quando da apresentação do ITR (Apelação nº 381.126-3, 7ª Câmara Cível, Relator Juiz José Affonso da Costa Côrtes, j. em 10.4.2003, TAMG).

Tratando os autos de ação de cobrança de contribuição sindical rural, prevista nos arts. 578, 579, 580, 589 e 591 da Consolidação das Leis do Trabalho, a cobrança de juros e de multa rege-se por este diploma legal e, em especial, as penalidades incidentes em razão da inadimplência, conforme gizam os seus arts. 598 e 600.

A estipulação da multa, neste caso, deve obedecer ao disposto no art. 600 da Consolidação das Leis do Trabalho, estipulando, de forma expressa, que a contribuição sindical quitada fora do prazo será acrescida da multa de 10% nos trinta primeiros dias, com adicional de 2% por mês subseqüente de atraso, além dos juros de mora e da correção monetária atualizadora da moeda.

Sobre a matéria, o paradigma:

> Os encargos decorrentes da mora em relação à contribuição sindical são aqueles previstos no art. 600 da CLT. Inaplicáveis à espécie tanto o art. 59 da Lei 8.383/91 quanto o art. 920 do CCB, uma vez que as normas instituidoras da contribuição sindical se mostram especiais, tanto em relação à norma constante do mencionado art. 59 da Lei 8.383/91 quanto em relação à norma do art. 920 do CCB... (Apelação nº 373.405-4, 2ª Câmara Cível, Relator Juiz Pereira da Silva, j. em 11.2.2003, TAMG).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 374

Conclusão:

Nego provimento ao recurso, chancelando a r. decisão zurzida.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Otávio Portes e Batista de Abreu.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

CONDOMÍNIO - IMÓVEL RESIDENCIAL - DISSOLUÇÃO - BEM INDIVISÍVEL - ALIENAÇÃO JUDICIAL - HASTA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - ART. 1.322 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Ementa: Extinção de condomínio. Imóvel doado aos herdeiros em partes iguais. Indivisibilidade. Alienação. Hasta pública. Possibilidade. Alegação de desigualdade em outras doações que não afetam a dissolução do condomínio objeto de doação igualitária. Manutenção da sentença. Recurso não provido.

- A dissolução do condomínio se faz com a repartição da coisa entre os condôminos se divisível; se não divisível e não quiserem ou não puderem adjudicá-la a um só, com indenização aos demais, a dissolução se faz com a venda do bem, repartindo-se o produto da venda entre os co-proprietários - inteligência do art. 1.322 do vigente Código Civil.

- Para que ocorra a alienação judicial de bem comum, é necessário que existam simultaneamente os seguintes requisitos, nos termos do art. 1.117, II, do CPC: 1 - coisa indivisível ou que, pela divisão, se torne imprópria ao seu destino; 2 - desacordo quanto à adjudicação; e 3 - bem em comum.

- As alegações de desigualdade em outras doações que não atingem o imóvel em comento não se sobrepõem ao direito autônomo e independente dos condôminos apelados à extinção do condomínio, assegurado pelo Código Civil, reclamando procedimento próprio, sendo legítima sua pretensão de divisão da coisa comum, que se encarta no poder geral dos co-proprietário de exercerem todos os direitos decorrentes do domínio, inclusive o de extinguir a compropriedade.

APELAÇÃO CÍVEL N° 2.0000.00.485864-6/000 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Iolanda de Almeida Xavier - Apelados: José Crispim de Almeida, Elenice do Carmo Medeiros de Almeida - Relator: Des. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de junho de 2007. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral pelos apelados o Dr. Luiz Fernando Valladão Nogueira.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 375

O Sr. Des. Sebastião Pereira de Souza - Acuso o recebimento de memorial escrito ofertado pelo ilustre advogado dos apelados Dr. Luiz Fernando Valladão Nogueira, cuja leitura me serviu à reflexão.

Conheço da apelação porque regular e tempestivamente aviada, estando presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

O caso é o seguinte: os apelados ajuizaram ação de extinção de condomínio em face da ora apelante, pretendendo receber a sua quota-parte de um imóvel que fora doado pelos falecidos pais do primeiro autor e da ré. A r. sentença julgou procedente o pedido inicial e determinou a extinção do condomínio através da venda judicial do bem, com a partilha do valor apurado entre os condôminos, motivo do presente recurso.

Alega a recorrente, em apertada síntese, que foi prejudicada na divisão da herança de seus pais, sendo necessário trazer à colação, quando da realização de inventário, as doações feitas por seus pais para igualarem-se as legítimas.

Pois bem. A dissolução do condomínio se faz com a repartição da coisa entre os condôminos se divisível; se não divisível e não quiserem ou não puderem adjudicá-la a um só, com indenização aos demais, a dissolução se faz com a venda do bem, repartindo-se o produto da venda entre os co-proprietários - inteligência do art. 1.322 do vigente Código Civil. Para que ocorra a alienação judicial de bem comum, é necessário que existam simultaneamente os seguintes requisitos, nos termos do art. 1.117, II, do CPC:

1 - coisa indivisível ou que, pela divisão, se torne imprópria ao seu destino;

2 - desacordo quanto à adjudicação;

3 - bem em comum.

No caso dos autos, trata-se de imóvel residencial rural - casa-sede da fazenda, portanto, indivisível. O desacordo está estampado nos autos do processo, consubstanciado pela situação litigiosa criada pelas partes, e o condomínio encontra-se comprovado pela certidão de doação de f. 06, pela escritura pública de compra e venda às f. 07 e 07-v., pela certidão de cancelamento de usufruto vitalício à f. 08, todas tendo como objeto o imóvel no qual as partes são condôminos e que fora doado em vida pelos seus falecidos pais.

A questão com que se inconforma a recorrente, relativa à necessidade de inventário e partilha dos bens deixados por seus pais, por estar sendo prejudicada no seu direito à herança, não pode ser levada em consideração neste processo, pois não é um fato modificativo, impeditivo ou obstativo do direito dos recorridos.

Com relação ao objeto da presente demanda, a apelante não sofre prejuízos, uma vez que a casa-sede foi doada em proporções iguais para cada um dos sete irmãos - certidão de doação à f. 06, conforme bem fundamentou o MM. Juiz à f. 72, vejamos:

> O principal argumento da parte ré ao resistir à pretensão inicial consiste no fato de ter sido prejudicada na divisão da herança quanto aos outros bens deixados por seus ascendentes, todavia, com relação à casa objeto desta lide, a documentação juntada aos autos revela que a casa foi doada a todos os filhos do doador e cada filho recebeu parte ideal correspondente ao número de filhos do doador, sendo a ré inclusive contemplada com a parte correspondente a 1/7 (um sétimo) desta casa. Se a doação da casa foi feita de forma equânime entre os filhos do doador, não há que se falar violação do direito hereditário de qualquer herdeiro.

Há de se observar que a doação de pais a filhos é considerada adiantamento de legítima, implicando o dever de o descendente trazer ao inventário e colacionar tudo aquilo que recebeu de seus pais em vida, justamente para não ser indevidamente favorecido - inteligência dos arts. 544 e 2.002 do CC/02. Contudo, se o donatário já não possuir o bem quando do inventário, será colacionado o seu valor segundo prescreve o art. 2.003, *caput*, do CC/02.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 376

Acrescente-se que a lei assegura ainda à recorrente o direito de preferência, nos termos do art. 1.118 do CPC, que assim dispõe:

"Na alienação judicial de coisa comum, será preferido:

I - em condições iguais, o condômino ao estranho;".

Assim, o direito de herança da apelante está resguardado, não a ofendendo a extinção do condomínio que exerça com seu irmão sobre uma casa, imóvel indiviso, doada por seus falecidos pais.

No sentido da possibilidade de alienação do bem indiviso, já se manifestou a jurisprudência deste Sodalício, em hipóteses análogas:

> Ementa: Apelação cível. Extinção de condomínio. Ação de dissolução de sociedade de fato c/c partilha de bens. Único imóvel do casal. Divisão proporcional em acordo amigável. - O condomínio é um estado anômalo da propriedade e, *ipso facto*, pode ser extinto a qualquer tempo (julgamento da Apelação Cível 0312839-8, em 17.8.002, Juiz Relator Belizário de Lacerda).
>
> Ementa: Ação de extinção de condomínio - Partilha realizada em separação judicial - Imóvel único do casal - Pedido formulado pelo cônjuge - Possibilidade. - Efetivada a partilha na ação de separação judicial, o cônjuge tem o direito de requerer a extinção do condomínio, ainda que seja o imóvel o único bem do casal, porque a lei lhe garante o direito de usar, gozar, dispor da sua propriedade e requerer a extinção do condomínio (julgamento da Apelação Cível 0297008-5, em 16.3.2000, Juiz Relator Antônio Carlos Cruvinel).

As alegações da apelante de desigualdade em outras doações que não atingem o imóvel em comento não se sobrepõem ao direito autônomo e independente dos condôminos apelados à extinção do condomínio, assegurado pelo Código Civil, reclamando procedimento próprio, sendo legítima sua pretensão de divisão da coisa comum, que se encarta no poder geral dos co-proprietários de exercerem todos os direitos decorrentes do domínio, inclusive o de extinguir a compropriedade.

Com esses fundamentos, nego provimento ao apelo, para manter a r. sentença objurgada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos e mais pelos que ora acrescento.

Custas recursais, pela apelante, observado o art. 12 da Lei 1.060/50.

O Sr. Des. Otávio Portes - De acordo.

O Sr. Des. José Amancio - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

AÇÃO DE ALIMENTOS - MENOR SOB PODER FAMILIAR - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA

Ementa: Apelação. Ação de alimentos. Ministério Público, representando menor sob o poder familiar. Ilegitimidade.

- Tratando-se de menores sob a guarda e responsabilidade dos pais, carece de legitimidade o Ministério Público para propor ação de alimentos como substituto processual. Precedentes do egrégio STJ.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 377

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0671.06.500023-2/001 - Comarca de Serro - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: R.P.S. - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 3 de abril de 2007. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Trata-se de apelação contra a sentença que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do CPC, por entender a falta de legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação de alimentos, em favor de menor que se encontra sob o poder familiar (no caso, está sob os cuidados da genitora).

Inconformado, o *Parquet* pugnou pelo reconhecimento de sua legitimidade para propor a ação em favor de menores incapazes, tendo como supedâneo o art. 201, inciso VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Relatório circunstanciado se encontra nos autos.

Conheço do recurso, pois presentes seus requisitos de admissibilidade.

Apesar de conhecer a diligência e boa intenção do ilustre Representante do Ministério Público, oficiante junto à Comarca do Serro, no caso em tela realmente carece o mesmo de legitimidade para propor a ação, haja vista que a infante se encontra sob o poder familiar de sua genitora.

Nesse sentido, decidiu o colendo STJ, a saber:

> Processual civil - Ação de alimentos - Ministério Público - Legitimidade para propô-la - Arts. 98, II, e 201, III, da Lei nº 8.069/90.
> Tratando-se de menores sob a guarda e responsabilidade da genitora, falta legitimidade ao Ministério Público para propor ação de alimentos como substituto processual.
> Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia (REsp 127725/MG; Recurso Especial, 1997/0025757-6, Relator Ministro Castro Filho (1119), Órgão Julgador: T3 - 3ª Turma - Data do julgamento: 15.05.2003, data da publicação/Fonte - *DJ* de 16.06.2003, p. 332 - *RDDP* vol. 5 p. 195 - *RSTJ* vol. 170 p. 249).
>
> Processo civil - Recurso especial - Ação de alimentos - Ministério Público representando menor de idade sob o 'pátrio poder' da genitora - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 - Inaplicabilidade. - 1 - Esta Corte Superior de Uniformização já firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor, como substituto processual, ação de alimentos em benefício de menor de idade sob o 'pátrio poder' da genitora. Ademais, o art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 só é aplicado nas hipóteses em que há falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, de acordo com o art. 98, II, do mesmo diploma legal. - 2 - Precedentes (REsp nºs 89.661/MG, 127.725/MG e 102.039/MG). - 3 - Recurso não conhecido (REsp 659.498/PR, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, 4ª Turma, julgado em 14.12.2004, *DJ* de 14.02.2005, p. 214).

Ressalve-se que o art. 201, III, da Lei 8.069/90 só é aplicado nas hipóteses em que há falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável de acordo com o art. 98, II, do mesmo diploma legal (REsp nº 659498/PR, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* de 14.02.2005).

Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta, nego provimento à apelação do Ministério Público e, dessa forma, mantenho incólume a sentença primeva.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 378

Sem custas, por ser isento de tal ônus o Ministério Público, como previsto na Lei Processual vigente.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

PREVIDÊNCIA PRIVADA - ABONO - CONCESSÃO AOS ATIVOS - NATUREZA SALARIAL - EXTENSÃO AOS INATIVOS - CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO - PRINCÍPIO DA IGUALDADE - ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - VOTO VENCIDO

Ementa: Embargos infringentes. Cobrança. Abono concedido a empregados ativos. Convenção coletiva de trabalho. Extensivo a aposentados e pensionistas. Previdência privada complementar. Princípio da igualdade. Art. 5º da Constituição da República. Voto vencido.

- Não há como negar o caráter salarial do abono concedido mediante Convenção Coletiva de Trabalho, visto que o que determina essencialmente a sua natureza são suas características, que assumem contornos tipicamente salariais.

- A expressa menção a um "abono único" no corpo orgânico das Convenções Coletivas de Trabalho, ainda que com nomenclatura diversa, significa um verdadeiro *plus* salarial, sendo concedido em razão do serviço prestado.

- A densidade normativa constitucional não pode ceder lugar àquela deferida às Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, porquanto hierarquicamente superior.

- Os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição da República deflagram um verdadeiro complexo de defesa, disponibilizado a todos aqueles que se vêem sofrendo lesão ou na iminência de sofrê-la, e um dos instrumentos protetivos foi materializado sob a forma do princípio da igualdade, caracterizado como um direito de terceira geração.

- Nos termos do § 1º do art. 457 da CLT, os abonos concedidos pelo empregador aos empregados ativos integram o salário e devem, portanto, ser estendidos aos aposentados.

- Juros moratórios devidos desde a citação e correção monetária, desde o momento em que eram devidos.

- V.v.: - Tendo sido estipulado através de convenção sindical o pagamento de um abono, com cláusula sobre as pessoas que teriam direito ao referido benefício, e não se encontrando os aposentados entre os benefícios arrolados, não há falar em dever da fundação de pagar o mencionado abono a esses.

EMBARGOS INFRINGENTES N° 1.0024.04.540478-7/003 - Comarca de Belo Horizonte - Embargantes: AIX Coimbra e outro - Embargada: Fundação Itaubanco - Relator: Des. MARCELO RODRIGUES

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 379

Acórdão

Vistos etc., acorda a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM ACOLHER OS EMBARGOS, VENCIDOS O PRIMEIRO E SEGUNDO VOGAIS.

Belo Horizonte, 9 de maio de 2007. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Marcelo Rodrigues - Conhecido o recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade, passo à análise do mérito.

Em síntese, pretendem os embargantes o provimento dos presentes embargos infringentes para prevalecer o voto minoritário proferido pelo eminente Vogal Des. Afrânio Vilela, que reconheceu o direito dos autores/apelantes à restituição dos valores alusivos ao abono salarial, com atualização monetária plena, a partir da data em que os mesmos eram devidos, visando à efetiva recomposição do montante, sob pena de se incorrer no enriquecimento sem causa em favor da fundação ré/apelada.

Precipuamente cumpre observar que, a teor do disposto no art. 2.028 do Código Civil de 2002, não se verifica, nos autos, a ocorrência da prescrição, porquanto os abonos pleiteados datam de 2001/2002, 2002/2003 e 2003/2004, e o ajuizamento da presente ação se deu em 04.01.05.

Adentrando o mérito, verifica-se que a matéria objeto de divergência foi amplamente debatida pela Turma Julgadora desta egrégia Câmara Cível, a qual, por maioria, deu provimento ao recurso, reformando-a para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, considerando ser indevido o pagamento dos abonos pleiteados, condenando os embargantes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, cuja exigibilidade restou suspensa em razão da gratuidade de justiça.

Nada obstante a respeitável posição adotada pela eminente Relatora Desembargadora Selma Marques, cuja análise interpretativa contou com o apoio do ilustre Revisor Desembargador Fernando Caldeira Brant, peço vênia a ambos os Desembargadores para divergir da conclusão alcançada e ratificar o entendimento vencido do eminente Vogal Desembargador Afrânio Vilela, o que faço tecendo algumas considerações.

O foco central da matéria que ora se discute está em se estabelecer a natureza jurídica do abono concedido pelas Convenções Coletivas de Trabalho.

E, quanto ao fato, tenho que não há como negar o caráter salarial do benefício, visto que o que determina essencialmente a sua natureza são suas características, que assumem contornos tipicamente salariais.

Vale dizer, os abonos são instituídos por meio de Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de Trabalho, que foi assim conceituada pelo legislador ordinário, no art. 611, § 1º, da CLT:

> Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.
> § 1º É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

Ora, tratando-se de um acordo entre empregadores e empregados, é inegável que uma Convenção ou Acordo Coletivo não pode estabelecer diferenciações no tratamento dado entre os empregados ativos e os inativos, uma vez que exista previsão isonômica expressa em Estatuto e Regulamento de Plano de Benefícios de Previdência Privada, ao qual estão vincula-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 380

dos, e principalmente em preceitos e princípios constitucionais.

Dadas essas considerações, tenho que as Convenções juntadas aos autos às f. 95/131, ao concederem um abono salarial aos empregados ativos, sem qualquer menção expressa aos inativos, velam uma conduta omissiva por parte da embargada em reajustar os salários de seus empregados, e tanto o é que nem sequer existe uma cláusula que contemple a elevação dos valores salariais, fazendo-se constar apenas que será concedido um abono único na vigência da referida convenção.

Ora, ao contrário do que pretende fazer acreditar a embargada, a menção a um "abono único" significa que, no período ânuo de vigência daquela Convenção Coletiva firmada, apenas por uma única vez haverá a concessão de acréscimos ao salário percebido pelo empregado, a evidenciar que o referido abono, ainda que com nomenclatura diversa, significa um verdadeiro *plus* salarial, sendo concedido em razão do serviço prestado.

Portanto, não há como se admitir uma natureza meramente indenizatória ao referido abono, como afirma a embargada, uma vez que indenizar significa deferir uma compensação por algo e inexiste nos autos qualquer evidência de que tais abonos tenham tido essa finalidade, a legitimar a exclusão dos inativos.

Torna-se patente a tentativa da embargada de tentar camuflar um reajuste salarial dos empregados ativos, sob a forma de abono, objetivando impedir qualquer repercussão financeira nos proventos dos aposentados e pensionistas.

O Estatuto e Regulamento Básico do Plano de Benefícios (f. 56/61), instituído pela Fundação de Seguridade Social originária/incorporada, e aquele instituído posteriormente pela sua incorporadora, ora embargada, e ao qual aderiram os embargantes, estabelecem expressamente nos arts. 30 e 27, e seus parágrafos únicos, respectivamente:

> As ampliações da aposentadoria, da pensão por morte e do auxílio-reclusão serão reajustadas, nas mesmas épocas e pelos mesmos índices de reajuste salarial aplicados pelo respectivo Patrocinador ao 'Salário-Base' correspondente ao nível/cargo exercidos pelo participante no último mês de atividade.
> Excetuando os casos das prestações de ampliações de pensão por morte e do auxílio-reclusão, quando ocorrer substituição ou alteração do Plano de Cargos e Salário em vigor o 'Salário-base', a que se refere o *caput* deste artigo, acompanhará os respectivos nível/cargo em que forem reenquadrados os empregados que estiverem em atividade no respectivo Patrocinador.

Ora, deflagra-se o princípio da isonomia no tratamento de reajustamentos dos valores recebidos pelos empregados inativos, em relação àqueles recebidos pelos empregados ativos, na mais ampla observância do postulado normativo aplicativo, insculpido no art. 5º da Constituição da República.

A interpretação proposta pela embargada do art. 46 das CCTs, no período de 2001 a 2004 (f. 99, 109 e 125), no sentido de se evidenciar uma implícita exclusão dos empregados inativos, deflagra uma irrefutável violação aos preceptivos referidos acima, porquanto restritiva de direitos expressamente garantidos.

Ora, os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição da República deflagram um verdadeiro complexo de defesa disponibilizado a todos aqueles que se vêem sofrendo lesão ou na iminência de sofrê-la, e um dos instrumentos protetivos foi materializado sob a forma do princípio da igualdade, caracterizado como um direito de terceira geração.

Trata-se de uma prescrição descritiva que materializa poderes de titularidade coletiva atribuídos amplamente a quaisquer formações sociais, consagrando-se num princípio maior e constitutivo do sobrepujado processo de desenvolvimento, difusão e pleno acolhimento dos direitos humanos, que é o princípio da solidariedade.

Cabe por oportuno colacionar a lapidar lição do Ministro Gilmar Mendes, elucidada no voto de sua relatoria, por ocasião do julgamento do RE nº 201.819:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 381

> Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Significa dizer, não é dado à embargada implementar uma interpretação restritiva dos dispositivos constantes das convenções coletivas de trabalho firmadas, ensejadoras de um tratamento diferenciado entre seus empregados ativos e inativos, bem como dotá-las de densidade normativa hierarquicamente superior aos ditames constitucionais vigentes.

Ainda que a embargada fundamente seus atos com base nos arts. 7º, XXVI, 114 e 201, § 11, todos da Constituição da República, suas alegações não passam de uma tentativa temerária de legitimar um comportamento omissivo, porquanto o próprio TST já manifestou acerca da matéria:

> Abono. Norma coletiva. Banco da Amazônia S.A. e Capaf. - Longe fica de vulnerar o art. 7º, XXVI, da CF/88, decisão que condena as reclamadas ao pagamento de abono estabelecido em acordo coletivo de trabalho e considerando a natureza salarial da parcela, determinou sua extensão aos inativos [...] (TST, ERR 530087/99, Rel. Min. Vantuil Abdala, *DJU* de 24.05.01, p. 141).

Assim, o fato de inexistir a referida menção expressa quanto aos inativos no corpo orgânico das Convenções Coletivas de Trabalho em nada impede a extensão do benefício para alcançá-los.

E, nesse mesmo sentido, vem decidindo este egrégio Tribunal de Justiça:

> Previdência privada. Recurso adesivo. Admissibilidade. Devolução de contribuições. Previdência privada. Prescrição. Abono concedido aos ativos. Natureza salarial. Extensão aos inativos. Complementação devida. Juros de mora. Marco inicial.
> - A matéria objeto do recurso adesivo não precisa guardar correlação temática com a do principal.
> - É qüinqüenal a prescrição para cobrança de diferenças de restituição de contribuições de previdência privada.
> - Tem natureza salarial o abono concedido a empregados ativos, por isso extensivo aos inativos que auferem complementação da aposentadoria.
> - Somente a citação válida constitui em mora o devedor, sendo este o marco inicial para a contagem dos juros moratórios (Ap. Cível nº 1.0024.03.023772-1/001, Rel. Des. Fábio Maia Viani, pub. em 19.01.07).

> Previdência privada. Complementação de proventos. Competência. Justiça Comum. Chamamento ao processo. Desnecessidade. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Não-reconhecimento. Ônus probatório. Não-desincumbência. Abono. Natureza salarial. Correção monetária. Imposto de Renda. Autorização para retenção na fonte. Via imprópria.
> - É da Justiça Estadual a competência para a ação de cobrança de complementação de proventos.
> - Afasta-se a necessidade de chamamento ao processo, quando não se cogita hipótese de responsabilidade solidária entre partes, não

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 382

se enquadrando nos casos previstos no art. 77 do Código de Processo Civil.
- O réu deve provar aquilo que afirmar em juízo, demonstrando que das alegações do autor não decorrem as conseqüências que pretende.
- O abono salarial concedido aos empregados da ativa, em decorrência das Convenções Coletivas do Trabalho, possui natureza salarial e é devido aos inativos por força do regulamento da entidade de previdência privada da qual são participantes.
- A correção monetária deve ser calculada desde a data em que o pagamento deveria ter sido efetuado (Ap. Cível nº 1.0024.04.535215-0/001, Rel. Des. José Flávio de Almeida, pub. em 29.07.06).

Cobrança. Abono salarial. Convenção de trabalho. Previdência privada. Competência. Justiça Estadual. Justiça gratuita. Revogação. Impossibilidade. Prescrição. Inocorrência. Art. 205 do novo Código Civil. Cobrança de abono. Inativos. Direito de equiparação aos trabalhadores em atividade. Natureza salarial. Plano de custeio. Previsão contratual. Fixação dos honorários. Art. 20, § 3º, CPC. Incidência. Juros. Constituição em mora. Citação. Correção monetária. Evento danoso.
- 1. É da Justiça Comum a competência para julgar as ações que visam ao recebimento de abono salarial, incidente sobre o benefício da aposentadoria complementar fornecido por entidade de previdência privada.
- 2. Não há que se falar em revogação da justiça gratuita deferida, visto que, para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação de sua pobreza, nos exatos termos do art. 4º da Lei 1.060/50.
- 3. Não cabe alegação de prescrição qüinqüenal sobre cobrança de abono salarial, por considerar tal cobrança como prestação de renda vitalícia ou temporária, devendo ser aplicado, *in casu*, o disposto no art. 205, CC de 2002.
- 4. Uma vez prevista no Estatuto e Regulamento Básico a equiparação dos inativos aos trabalhadores em atividade, no que diz respeito aos abonos nos vencimentos, é dever da incorporadora transferir tais abonos aos aposentados e pensionistas.
- 5. Havendo previsão contratual, não há que se falar em impossibilidade de pagamento de abono por falta de previsão de custeio.
- 6. Os honorários advocatícios deverão ser fixados de acordo com o disposto no art. 20, § 3º, do CPC.
- 7. Os juros são devidos a partir da citação, nos exatos termos do art. 219 do CPC.
- 8. A correção deve incidir a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 43 do STJ (Ap. Cível nº 2.000.00.492196-4/001, Rel. Des. Renato Martins Jacob, pub. em 04.06.05).

No que concerne às alegações da embargada de ausência de fonte de custeio, tenho que igualmente se mostram frágeis e insubsistentes, porquanto, tendo assumido a obrigação de complementar os proventos dos seus empregados inativos em igualdade de condições com os empregados da ativa, a fonte de custeio nada mais é do que aquela contida no contrato ao qual se obrigou.

Assim, diante da adesão dos embargantes ao plano de benefício previdenciário complementar da embargada, tem-se que, durante longos anos, houve contribuição destes, e, ao contrário dos benefícios previdenciários decorrentes do Regime Geral de Previdência Social, cuja contribuição segue o regime de repartição simples, no Regime de Previdência Complementar, a contribuição segue o regime de capitalização.

Portanto, uma vez adquirido o direito, o pagamento do benefício é inexorável e independente de qualquer fonte de custeio atualmente existente.

Destarte, não vejo razões plausíveis para a exclusão dos empregados inativos da percepção do benefício em comento, o que reafirmo, consoante preconiza o art. 457, § 1º, da legislação especial que rege a matéria trabalhista, de que o abono pago pelo empregador é uma contraprestação salarial.

Repita-se, o presente caso denota uma substituição do reajuste salarial a que teriam direito os embargantes, pela concessão dos referidos abonos, no intuito evidente de conter os custos da embargada, em face de uma não-incidência dos encargos sociais, pelo que merece ser mantida a sentença de primeira

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 383

instância, conforme prolatada, observando-se, todavia, as pertinentes observações desenvolvidas pelo ilustre Vogal Des. Afrânio Vilela à f. 240, acerca do marco inicial para a incidência da correção monetária e juros moratórios.

Vale dizer, no que concerne aos juros moratórios, verifica-se que a embargada somente foi constituída em mora com a citação válida, em data de 17 de fevereiro de 2005 (f. 130), imperiosa, portanto, a sua incidência desde então.

Já, no tocante à correção monetária, tenho que, em se tratando de valores, dada a sua natureza de atualização e preservação do valor aquisitivo da moeda, deve incidir desde o momento em que eram devidos aos embargantes.

Diante do exposto, com base no art. 93, IX, da Constituição da República e no art. 131 do Código de Processo Civil, acolho o recurso.

Custas recursais, pela embargada.

O Sr. Des. Duarte de Paula - Da análise que fiz do processo, cheguei à mesma conclusão do ilustre Relator e, pedindo vênia àqueles que entendem em contrário, estou acolhendo os embargos e requerendo ao Presidente da Câmara que seja levado o voto à publicação.

A Sr.ª Des.ª Selma Marques - Pedindo vênia àqueles que esposam entendimento em contrário, estou, nos termos do voto por mim proferido quando do julgamento da apelação, rejeitando os infringentes.

O Sr. Des. Fernando Caldeira Brant - Sr. Presidente, quero fazer um registro de que o conteúdo do voto do eminente Relator, nesta oportunidade, é também o meu pensamento no que concerne à matéria em geral. Entretanto, assinalo que a questão destes autos não é a verificação tão-somente da extensão dos direitos aos aposentados; no entanto, a matéria é especifica, e não foi concedido o abono em caráter geral a todos da ativa, mas àqueles que se apresentaram em situação especial na oportunidade da concessão do abono para alguns dos trabalhadores que estavam na ativa.

Por essa razão, muito embora comungando com o conteúdo jurídico do voto do Relator, faço essa ressalva porque estou rejeitando os embargos infringentes, uma vez que a matéria discutida, no acórdão, era específica com relação a alguns autores aposentados.

Com essas considerações, rejeito os embargos infringentes.

O Sr. Des. Afrânio Vilela - Peço vista.

Sessão do dia 09.05.07.

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito veio adiado da sessão anterior, quando acolheram os embargos o Relator e o Revisor, rejeitaram os embargos o 1º e 2º Vogais e pediu vista o 3º Vogal.

O Sr. Des. Afrânio Vilela - Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Na esteira do entendimento exarado por mim, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, quando atuei como Vogal, reafirmo meu posicionamento de que é inegável a natureza salarial do abono, conforme disposição expressa do art. 457, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, o que traduz que referida parcela deve ser repassada aos inativos, conquanto não tenham sido expressamente contemplados nas Convenções Coletivas de Trabalho.

O art. 457 da CLT dispõe em seu § 1º que: “Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador”.

Cabe ressaltar que o abono único que se discute nestes autos foi concedido em caráter geral, nas CCTs de 2001/2002, 2002/2003, 2003/2004, a todos os “empregados ativos ou que estivessem afastados por doença, acidente do trabalho e licença-maternidade” (f. 99, 109, 125).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 384

A meu ver, não se afigura razoável nem justo que os inativos fiquem impedidos de receber referido benefício, haja vista o propósito expresso pela própria instituição de se garantir um tratamento isonômico entre ativos e inativos, de maneira que estes recebam tudo quanto perceberiam se estivessem em atividade.

Nesse sentido, relatei o recurso de Apelação nº 1.0024.03.023747-3/001, julgado em 29.03.03.

Isso posto, reafirmo meu posicionamento e acolho os embargos infringentes.

Súmula - ACOLHERAM OS EMBARGOS, VENCIDOS O PRIMEIRO E SEGUNDO VOGAIS.

Acórdão embargado

Ementa: Ação de cobrança. Abono. Parcela estipulada em convenções sindicais. Competência da Justiça Comum. Aposentados. Inexistência de inclusão na relação das pessoas a serem beneficiadas. Improcedência do pedido inicial. Voto vencido.

- Tendo sido estipulado através de convenção sindical o pagamento de um abono, com cláusula clara sobre as pessoas que teriam direito ao referido benefício, e, não se encontrando os aposentados entre os beneficiários arrolados, não há falar em dever da fundação de pagar o mencionado abono a estes.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1.0024.04.540478-7/001, da Comarca de Belo Horizonte, sendo apelantes 1º) AIX Coimbra e outros; 2º) Fundação Itaubanco e apelado os mesmos, acorda, em Turma, a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, REJEITAR A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM, DAR PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO E JULGAR PREJUDICADA A PRIMEIRA, VENCIDO O VOGAL.

Presidiu o julgamento a Desembargadora Selma Marques (Relatora), e dele participaram os Desembargadores Fernando Caldeira Brant (Revisor) e Afrânio Vilela (Vogal vencido).

Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2005. - *Selma Marques* - Relatora.

Notas taquigráficas

Sessão do dia 14.12.05.

A Sr.ª Desembargadora Selma Marques - Conheço dos recursos, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença de f. 174/180, que julgou procedente o pedido constante na ação de cobrança ajuizada por AIX Coimbra, Célia Aparecida Ramos Silva, Teresinha Bendito Guerra Abrantes, Elizeu Lopes, Juliana Maria Araújo de Carvalho, Agesilau Neiva Almada, Expedito José de Oliveira, Glicério do Nascimento Pinto, Unisses de Sousa e Vânia Lúcia Rosa Losque contra Fundação Itaubanco, atual denominação de Fasbemge - Fundação Bemge de Seguridade Social.

Opostos embargos declaratórios, f. 188/189, foram eles rejeitados à f. 190.

Inconformados, f. 182/187, buscam os primeiros apelantes a reforma da r. sentença, insurgindo-se, tão-somente, no tocante à forma de incidência da correção monetária e juros incidentes sobre os abonos deferidos, alegando que devem incidir desde a data dos respectivos vencimentos, requerendo, ainda, que os honorários incidam sobre o valor total da condenação, a teor do art. 20, § 3º, CPC.

A seu turno, insurge-se a segunda apelante, Fundação Itaubanco, atual denominação de Fasbemge - Fundação Bemge de Seguridade Social, alegando, preliminarmente, a incompetência da Justiça Comum para o julgamento do feito.

No mérito, aduziu a impossibilidade da extensão aos funcionários aposentados e pen-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 385

sionistas dos abonos concedidos aos bancários ativos, pois os abonos ora pleiteados, que foram concedidos através das Convenções Coletivas citadas, foram apenas aqueles afastados por motivo de doença, acidente de trabalho ou licença-maternidade, não havendo menção aos inativos, não havendo falar em tratamento isonômico, já que o próprio regulamento da apelante não permite tal interpretação.

Disse, ainda, que o referido abono é "destituído de natureza salarial", tratando-se de gratificação espontânea, sendo eventual e sem natureza remuneratória, não compondo o referido abono o cálculo dos benefícios, possuindo como característica determinante a sua descontinuidade, não podendo ser confundido com um reajuste salarial, citando, inclusive, acórdão desta Relatora acerca do tema.

Disse, também, não ter o Magistrado singular se manifestado acerca da autorização para o desconto a título de custeio, bem como da autorização para retenção do imposto de renda.

Contra-razões do segundo apelo, f. 215/221, pela manutenção do *decisum*. Os primeiros apelantes, apesar de devidamente intimados, f. 214, não apresentaram suas contra-razões.

Passo ao exame da segunda apelação por tratar de matéria mais abrangente.

No tocante à preliminar de incompetência da Justiça Comum para a análise do feito, sem razão a recorrente, pois o que ora se discute nos autos não são cláusulas contratuais de um contrato de trabalho, bem como cediço ser da Justiça Estadual a competência para julgar ações propostas contra entidades de previdência privada, que são reguladas por legislação própria.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Desembargador Fernando Caldeira Brant - De acordo.

O Sr. Desembargador Afrânio Vilela - De acordo.

A Sr.ª Desembargadora Selma Marques - No mérito, razão assiste à segunda apelante.

À simples leitura da cláusula quadragésima sexta das Convenções Coletivas de Trabalho de 2001/2002 (f. 99), 2002/2003 (f. 109) e 2003/2004 (f. 125), que estipulou o pagamento dos abonos, ora cobrados, verifica-se que não houve qualquer intenção de se estender o referido benefício aos aposentados, sendo a referida cláusula taxativa no que diz respeito às pessoas que teriam direito à mencionada parcela:

Convenção de 2001/2002, de f. 99:

> Para os empregados ativos ou que estivessem afastados por doença, acidente do trabalho e licença-maternidade, em 31/08/01, será concedido um abono único na Vigência da Convenção Coletiva de Trabalho 2001/2002, no valor de R$1.100,00 (um mil e cem reais) a ser pago na folha de pagamento de 2001.
> Parágrafo primeiro - Ao empregado afastado por auxílio-doença previdenciário ou auxílio-doença acidentário, que faz jus à complementação salarial conforme disposto na Cláusula 'Complementação de Auxílio-Doença Previdenciário e Auxílio-Doença Acidentário' da Convenção Coletiva de Trabalho 2000/2001, será devido o pagamento do abono único contados do último dia de trabalho efetivo e determinados conforme tempo de casa, mantidas as condições do plano ao qual se vincula o empregado.

Convenção de 2002/2003 (f. 109):

> Para os empregados ativos ou que estivessem afastados por doença, acidente do trabalho e licença-maternidade, em 31/08/02, será concedido um abono único na Vigência da Convenção Coletiva de Trabalho 2002/2003, no valor de R$1.200,00 (um mil e duzentos reais) a ser pago até 10 (dez) dias úteis da data da assinatura da convenção coletiva de trabalho.
> Parágrafo primeiro - Ao empregado afastado por auxílio-doença previdenciário ao auxílio-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 386

doença acidentário, que faz jus à complementação salarial conforme disposto na Cláusula 'Complementação de Auxílio-Doença Previdenciário e Auxílio-Doença Acidentário' da Convenção Coletiva de Trabalho 2001/2002, será devido o pagamento do abono único.
Ao empregado afastado que não faça jus à complementação salarial, prevista na Cláusula Vigésima Sexta desta Convenção Coletiva de Trabalho, será devido o pagamento do abono único quando do retorno ao trabalho, se na vigência da Convenção Coletiva de Trabalho 2002/2003.
Parágrafo segundo - Faz jus, ainda, ao abono único, a ser pago no prazo de 10 (dez) dias úteis da data do recebimento, pelo banco, de sua solicitação, por escrito, o empregado dispensado sem justa causa a partir de 02/08/02, inclusive.

Convenção de 2003/2004 (f. 125):

Para os empregados ativos ou que estivessem afastados por doença, acidente do trabalho e licença maternidade, em 31/08/03, será concedido um abono único na Vigência da Convenção Coletiva de Trabalho 2003/2004, no valor de R$1.500,00 (um mil e quinhentos reais) a ser pago até 10 (dez) dias úteis da data da assinatura da convenção coletiva de trabalho.
Parágrafo primeiro - Ao empregado afastado por auxílio-doença previdenciário ao auxílio-doença acidentário, que faz jus à complementação salarial conforme disposto na Cláusula 'Complementação de Auxílio-Doença Previdenciário e Auxílio-Doença Acidentário' da Convenção Coletiva de Trabalho 2002/2003, será devido o pagamento do abono único.
Ao empregado afastado que não faça jus à complementação salarial, prevista na Cláusula Vigésima Sexta desta Convenção Coletiva de Trabalho, será devido o pagamento do abono único quando do retorno ao trabalho, se na vigência da Convenção Coletiva de Trabalho 2003/2004.
Parágrafo segundo - Faz jus, ainda, ao abono único, a ser pago no prazo de 10 (dez) dias úteis da data do recebimento, pelo banco, de sua solicitação, por escrito, o empregado dispensado sem justa causa a partir de 02/08/03, inclusive.

Assim, resta evidenciado que não foram os aposentados incluídos entre os beneficiários do mencionado abono, repito, não lhes sendo esse devido.

Aliás, os próprios apelantes aduziram ter tido seus benefícios reajustados conforme determinado no estatuto da apelada, evidenciando-se, portanto, que fora cumprido o que determinava o art. 30 do Regulamento, que intentava não permitir uma diminuição no poder aquisitivo de seus funcionários aposentados.

Insta salientar, ainda, que não se pode dar interpretação extensiva a uma cláusula estipulada em uma Convenção Coletiva de Trabalho em prejuízo ao Regulamento da apelada.

Dessa forma, indevido o pagamento dos abonos aos requerentes, impondo-se a reforma da sentença, e não havendo falar, portanto, em desconto a título de custeio ou em retenção de Imposto de Renda.

No que concerne ao primeiro apelo, tendo sido dado provimento ao segundo recurso, evidencia-se ter restado prejudicado o primeiro.

Com tais considerações, rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Estadual e, no mérito, dou provimento ao segundo recurso para reformar a sentença hostilizada, julgando improcedente o pedido inicial, invertidas as sucumbências e condenando, ainda, os recorridos nas custas recursais, suspensa, no entanto, a exigibilidade por estarem litigando sob o pálio da justiça gratuita.

O Sr. Desembargador Fernando Caldeira Brant - Peço vista.

Sessão do dia 19.12.05.

O Sr. Desembargador Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, quando, então, os Desembargadores rejeitavam preliminar de incompetência da Justiça Comum Estadual à unanimidade. No mérito, a Desembargadora Relatora dava provimento ao 2º recurso e julgava prejudicado o 1º recurso, pediu vista o Desembargador Revisor.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 387

O Sr. Desembargador Fernando Caldeira Brant - Sr. Presidente, do exame que fiz dos autos, estou me colocando de acordo, neste caso, com o voto proferido pela eminente Desembargadora Relatora.

O Sr. Desembargador Afrânio Vilela - Peço vista.

Sessão do dia 13.01.06.

O Sr. Desembargador Presidente - Este feito veio adiado da sessão passada, a pedido do Des. Vogal, após rejeitarem preliminares de incompetência da Justiça Comum, à unanimidade.

No mérito, Relatora e Revisor deram provimento à segunda apelação e julgaram prejudicada a primeira.

O Sr. Desembargador Afrânio Vilela - Primeira apelação.

Na esteira do voto expendido pela eminente Relatora, tenho que a r. sentença merece parcial reforma no que tange ao termo de incidência da correção monetária, visto que não é um *plus* que se acrescenta, pois visa unicamente a recompor o real valor das quantias despendidas.

Destarte, é de ser reconhecido o direito dos autores/apelantes à restituição dos valores alusivos ao abono salarial, com atualização monetária plena, a partir da data em que os mesmos eram devidos, visando à efetiva recomposição do montante, sob pena de se incorrer no enriquecimento sem causa em favor da fundação ré/apelada, o que é hostilizado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Quanto ao termo inicial dos juros de mora e os honorários advocatícios, mantenho inalterada a r. sentença.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao primeiro recurso, interposto por AIX Coimbra e outros, e nego provimento ao segundo, aviado pela Fundação Itaubanco, nos exatos termos do voto expendido pela eminente Relatora.

-:::-

EXECUÇÃO - FAZENDA PÚBLICA - PRECATÓRIO - CRÉDITO - NÃO-SATISFAÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Execução contra a Fazenda Pública. Precatório expedido. Crédito não satisfeito. Extinção do processo. Impossibilidade.

- A extinção do processo executório exige a satisfação de fato do crédito, não bastando a mera potencialidade do adimplemento, como é o caso da expedição de precatório ainda não cumprido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.01.586792-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Carlos Henrique Jardim Decat - Apelados: Município de Belo Horizonte, Beprem - Beneficência da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte - Relator: Des. ALVIM SOARES

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 388

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, 29 de maio de 2007. - *Alvim Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Alvim Soares - Recurso de que se conhece, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Perante a Primeira Vara da Fazenda Pública Municipal, o aqui apelante Carlos Henrique Jardim Decat ajuizou a presente ação declaratória c/c repetição de indébito contra o Município de Belo Horizonte e a Beprem - Beneficência da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte; após o regular trâmite da ação, o MM. Juiz de Direito *a quo* prolatou a decisão monocrática que se encontra lastreada às f. 94/102-TJ, julgando procedente o pedido formulado na inicial; este egrégio Tribunal de Justiça confirmou integralmente a sentença (acórdão de f. 135/139-TJ).

Retornando os autos à comarca de origem, o então requerente ofertou execução de sentença (f. 149/151-TJ), efetuando os devidos cálculos referentes aos valores devidos por cada um dos réus; como o valor devido pela Beprem era baixo (R$ 1.033,33) e como não foram opostos embargos à execução, foi expedida RPV - Requisição de Pequeno Valor, tendo a mesma quitado integralmente o valor, segundo se depreende às f. 194/196-TJ.

O MM. Juiz de Direito *a quo* julgou extinta a execução, com fulcro no art. 794, I, do CPC, mas, em seguida, revogou tal decisão, determinando a expedição de precatório para pagamento em desfavor do Município de Belo Horizonte; após a expedição do precatório (f. 212-TJ), o Julgador monocrático novamente julgou extinta a execução, com base no art. 794, I, do CPC; oferecidos embargos de declaração, o Sentenciante os acolheu, retificando o fundamento da extinção do processo para o art. 267, VI, do CPC.

Inconformado com tal decisão, o então exeqüente interpôs recurso de apelação, cujas razões estão acopladas às f. 223/225-TJ, alegando que o caso em tela não se enquadra em nenhuma das hipóteses de extinção do processo do art. 794 do CPC nem, muito menos, no art. 267, VI, do mesmo código; a Beprem, de forma manuscrita, se manifestou à f. 227-v.-TJ, entendendo não haver necessidade de responder ao recurso, pois já cumpriu com sua obrigação; segundo certificado à f. 228-TJ, o Município-réu não ofereceu suas contra-razões recursais.

Data maxima venia, analisando os autos com a necessária cautela que o caso requer, entendendo que o apelante se encontra coberto de razão, já que precipitada a extinção do processo antes da devida comprovação de pagamento do precatório.

O debate cinge-se em torno do acerto da decisão que determinou a extinção da execução movida pelo apelante, pela satisfação do crédito, tendo em vista a expedição do precatório; ora, a mera expedição do precatório, sem o seu necessário cumprimento, não caracteriza a satisfação do crédito executado e, portanto, não serve a dar azo à extinção do processo executório.

Verifica-se nos autos que, após a anuência dos requeridos em relação aos cálculos apresentados pelo exeqüente, foram estes homologados por sentença, sendo requisitadas as expedições das respectivas RPV e precatório; após a expedição do precatório, veio a sentença recorrida.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 389

O processo executivo é o meio pelo qual se vale o Estado, no exercício da heterocomposição dos litígios, para determinar a satisfação do crédito, por meio da invasão no patrimônio do devedor; nas palavras de Araken de Assis:

> ... a função executiva opera no mundo dos fatos e a estrutura em que ela avulta, dita processo de execução, se caracteriza por atos judiciais agressores da esfera jurídica do executado. Exata, a respeito, a célebre metáfora, segundo a qual o processo de conhecimento transforma o fato em direito, e o processo de execução traduz o direito em fatos (in *Manual do processo de execução*. 6. ed. Revista dos Tribunais, p. 65).

Nesse diapasão, em face da própria natureza do processo de execução, sua extinção ocorre, dentre outras causas, quando a dívida é adimplida, voluntária ou forçosamente, pelo executado; é esta a dicção do art. 794, I, do CPC, dispositivo que fundamentou, num primeiro momento, a sentença debatida.

Entretanto, para permitir o fim da execução, a satisfação tem que ser efetiva, não bastando a simples potencialidade de que venha haver o adimplemento; no caso em tela, a sentença foi proferida sem que haja prova de que o precatório expedido tenha sido cumprido pelo apelado, estando, portanto, pendente de pagamento.

A expedição da ordem de pagamento ao devedor, pelo Tribunal, constitui mais uma etapa da execução contra a Fazenda Pública, que, *permissa venia*, não se encerra nesse momento; é o que deixa claro o Regimento Interno deste Tribunal, o qual prevê que, após o depósito do valor requisitado pelo devedor, será expedido alvará para levantamento da quantia, pelo credor, comunicando-se este fato ao juízo que expediu o precatório; somente após este momento, poder-se-á falar em extinção da execução.

A mera expedição do ofício requisitório não é causa de extinção da execução contra a Fazenda Pública, até mesmo porque o precatório poderá vir a ser cancelado no futuro.

Este egrégio Tribunal de Justiça não discrepa deste entendimento, *verbis*:

> Processo civil. Execução contra a Fazenda Pública. Precatório. Expedição. Efeito de pagamento. Inviabilidade. - O art. 794, I, do Código de Processo Civil não se aplica ao caso regulado no seu art. 730, I, uma vez que a requisição de pagamento pressupõe a pendência de quitação do débito objeto da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. A expedição de precatório não produz o efeito de pagamento. Dá-se provimento ao recurso (TJMG - Ap. nº 1.0324.00.003655-2/001 - Rel. Des. Almeida Melo).

O Superior Tribunal de Justiça, idem:

> O art. 794, I, do Código de Processo Civil não se aplica ao caso regulado no seu art. 730, I, uma vez que a requisição de pagamento pressupõe a pendência de quitação do débito objeto da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. A expedição de precatório não produz o efeito de pagamento (STJ, REsp nº 2.625/PR - Rel. Ministro Ilmar Galvão, in *RT* 659/199).

O Sentenciante, acolhendo os embargos declaratórios ofertados pelo aqui apelante, retificou o fundamento da decisão de extinção do processo para o art. 267, VI, do CPC, entendendo faltar interesse de agir por parte do exeqüente; ora, pelas mesmíssimas razões apresentadas acima, claro está o interesse de agir por parte do exeqüente.

Diante do exposto, dou provimento ao apelo; determino o retorno dos autos à 1ª instância, para aguardar a efetiva comprovação do pagamento do precatório; positivada, que se opere decisão.

Custas, *ex lege.*

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Wander Marotta e Belizário de Lacerda.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 390

INDENIZAÇÃO - SEGURO - INVALIDEZ - PRESCRIÇÃO ANUAL - ART. 178 DO CÓDIGO CIVIL/1916 - PRAZO - TERMO INICIAL - APOSENTADORIA - DATA DA CONCESSÃO

Ementa: Indenização securitária. Prescrição anual. Art. 178 do CC/1916. Extinção do processo com resolução de mérito.

- O prazo para promover a ação indenizatória em face de seguradora, em razão de invalidez, prescreve em um ano. O termo inicial para a contagem do prazo prescricional é a data de concessão do benefício previdenciário da aposentadoria.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.02.683530-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Luiz Roberto Guimarães - Apelada: AGF Brasil Seguros 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, 15 de maio de 2007. - *José Antônio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Antônio Braga - Cuida-se de recurso interposto por Luiz Roberto Guimarães, nos autos da ação ordinária ajuizada em face de AGF Brasil Seguros S.A. perante o Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, ante o inconformismo com a decisão de f. 246/248, que reconheceu a prescrição e extinguiu a presente ação com julgamento de mérito. Condenou-se o apelante nos ônus da sucumbência, suspensa a exigibilidade em razão da assistência judiciária.

Em suas razões recursais, às f. 256/258, a parte apelante pede o conhecimento e provimento do recurso para cassação da sentença recorrida. Argumenta que somente foi comunicado da recusa de seu pleito perante a seguradora, em março de 2002, através do corretor de seguros. A justificativa foi tratar-se de doença preexistente.

Alega que a comunicação ao segurado sobre a decisão da seguradora não ocorreu, não havendo como computar o prazo prescricional, já que não existe nos autos comprovação da data em que foi comunicado diretamente ao segurado. Assim, não haveria como falar em prescrição do direito.

Assevera que não há no contrato exclusão para a doença acometida pela parte apelante, fazendo jus ao valor integral da apólice.

Requer a reforma da decisão, julgando procedente a ação.

Preparo dispensado diante do deferimento da justiça gratuita.

Contra-razões às f. 266/272, pugnando pela manutenção da preliminar de prescrição, e, caso não acolhida, por se tratar o caso de doença preexistente à contratação do seguro, com expressa vedação em contrato, requer seja negado provimento à apelação, mantendo-se a decisão prolatada em primeira instância.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

A apelante aduz não incidir a prescrição ante a incomprovada comunicação, pela apelada, da data em que foi negado o pedido indenizatório. Indica o direito ao pagamento da quantia constante da apólice, que esta prevê a indenização por doença sem mencionar qualquer exclusão.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 391

O d. Juiz sentenciante entendeu pela ocorrência dos efeitos da prescrição, independentemente de se considerar como termo inicial a data da correspondência da seguradora, ou a data da concessão do benefício previdenciário que admitiu a invalidez permanente.

O documento acostado pela parte apelante à f. 07, pelo qual a seguradora comunica a recusa da indenização pleiteada, está datado de 27 de janeiro de 1999, e quanto a este dado a mesma não fez qualquer objeção.

O entendimento que esta Câmara tem adotado para a espécie é de que o prazo prescricional é de um ano e tem seu marco inicial na data do deferimento da aposentadoria por invalidez.

Tem fundamento tal posição, de que é anual a prejudicial de mérito aplicável na espécie, no art. 178, § 6º, II, do CC/1916, que é aplicável *in casu:*

> Art. 178. Prescreve: (...) § 6º - Em 1 (um) ano: (...) II - a ação do segurado contra o segurador e vice-versa, se o fato que a autoriza se verificar no país; contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do mesmo fato (art. 178, § 7º, V);...

Está pacificado na doutrina e na jurisprudência pátria que o prazo prescricional previsto no dispositivo legal acima mencionado, regulador da perda do direito de ação do segurado para pleitear o pagamento de indenização securitária, inicia-se com o conhecimento da incapacidade, que se dá com a aposentadoria por invalidez.

Nesse sentido, destaca-se recente julgado confirmador de tal posicionamento:

> Número do processo: 1.0261.05.035030-3/001.
> Relator: Des. Pedro Bernardes. Data do acórdão: 18.7.2006. Data da publicação: 02.9.2006. Ementa: Seguro. Prescrição ânua. Art. 178, § 6º, II, do CC/1916. Aposentadoria. Início de fluência. Conhecimento pelo segurado da negativa de pagamento da indenização. Recomeço do cômputo. - 1 - Nos termos do art. 178, § 6º, II, do CC/1916, é de 1 (um) ano a prescrição do direito de ação do segurado para pleitear a indenização em face da seguradora. - 2 - O prazo prescricional ânuo tem seu termo inicial no momento em que a incapacidade resta configurada, qual seja a partir da concessão da aposentadoria por invalidez. - 3 - O prazo prescricional suspende-se com o pedido administrativo de indenização, voltando a ser computado a partir do momento em que o segurado tem ciência da negativa de pagamento da reparação securitária. Súmula: Acolheram a preliminar de não-conhecimento de documento juntado extemporaneamente. Negaram provimento.

Nesse mesmo norte, a jurisprudência da Corte Superior:

> Seguro de vida em grupo. Súmula 101 da Corte. Suspensão do prazo de prescrição. Nos termos da Súmula 101 da Corte, a ação do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano. O prazo tem início da data em que o segurado tomou conhecimento da incapacidade, permanecendo suspenso entre a comunicação do sinistro e a resposta da recusa do pagamento. (...). STJ - REsp nº 247295/SP, 3ª T, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 29.3.2001.

Verifica-se que Luiz Roberto Guimarães obteve aposentadoria por invalidez na data de 1º.01.2000. A data da comunicação expedida pelo INSS é 19.02.2000, e este é o termo *a quo* para cômputo do prazo para exercício do direito de ação de cobrança (ver 14).

À f. 19 está o comprovante de distribuição da ação, que indica a data de 26.4.2002.

Portanto, está cabalmente demonstrado que o ajuizamento da ação foi promovido a destempo, ou seja, após o transcurso do prazo prescricional, que se expirou em janeiro de 2001.

A sentença não merece reparos quanto ao decreto prescricional, o que prejudica a análise do pleito recursal relativamente ao tema de doença preexistente.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 392

Neste contexto, nega-se provimento ao recurso.

Custas recursais, pela parte apelante, suspensa a exigibilidade em razão dos benefícios da assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Generoso Filho e Tarcísio Martins Costa.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ALIMENTOS - ENCARGO - EXONERAÇÃO - PRESTAÇÃO MENSAL - VALOR - REDUÇÃO - ALIMENTANTE - CAPACIDADE CONTRIBUTIVA - ALTERAÇÃO - PROVA INEQUÍVOCA - NECESSIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO - VOTO VENCIDO

Ementa: Civil. Alimentos. Exoneração do encargo. Redução do valor da prestação. Alteração da capacidade contributiva do alimentante. Necessidade de prova inequívoca.

- A exoneração do encargo alimentar e a redução do valor da prestação mensal pressupõem alteração da situação de fato existente à época de sua fixação. Reclamam prova inequívoca de decréscimo substancial da capacidade contributiva do alimentante, que torne impossível o cumprimento da obrigação estipulada. Nega-se provimento ao recurso.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.848678-8/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: S.L.S. - Apelado: V.N.S.B. por si e representando seu filho D.B.L.S.O. - 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, EM REJEITAR PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSO LEVANTADA PELO VOGAL, QUE FICOU VENCIDO. NEGAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 19 de julho de 2007. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho.

O Sr. Des. Moreira Diniz - Sr. Presidente, pela ordem.

Gostaria de levantar uma preliminar.

A Lei 5.478/68, chamada Lei de Alimentos, diz que a decisão judicial que fixa alimentos não transita em julgado, podendo ser revista a qualquer tempo, desde que sobrevenha à fixação modificação da situação financeira de quem recebe ou de quem paga os alimentos. Esse "não transita em julgado", a que se refere a Lei 5.478/68, não significa que a sentença proferida na ação de alimentos não faça coisa julgada; ela faz coisa julgada, no tocante à obrigação de prestar alimentos e no tocante àquele valor fixado, enquanto não haja um fato superveniente que justifique aquela modificação de valor. O que a lei quer dizer com isso é que a decisão não é final, absoluta, definitiva e imodificável, ela transita em julgado sim, sob o aspecto processual civil, mas pode haver revisão, quando ocorrer mudança da situação financeira.

Mas, para que haja a ação revisional, permitindo ou pleiteando a exoneração, a redução ou aumento do encargo, é necessário que já haja uma decisão judicial definitiva, ou

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 393

seja, não mais passível de ser modificada por recurso, que é exatamente a sentença que vai ser revista. E por que é necessário isso? Porque o parâmetro para a ação de modificação da obrigação é a sentença que fixou a obrigação, com as condições nela reconhecidas, ainda que essa sentença seja de Tribunal Superior. Quando for julgado o último recurso contra sentença de primeiro grau em ação de alimentos, estabelece-se se não está comprovada tal capacidade, se está demonstrada tal necessidade, e que por isso, por esses parâmetros, o valor da pensão alimentícia é de tanto. A partir daí é que se pode propor a revisão ou modificação, porque uma ação revisional de alimentos, proposta ainda na pendência de recurso contra a sentença que fixou os alimentos, constitui *bis in idem*, porque ela está discutindo alguma coisa que ainda não é definitiva e está sujeita a um parâmetro que ainda não existe, porque o parâmetro que vai determinar se houve ou não mudança da situação financeira de uma das partes, após a fixação dos alimentos, cuja modificação se pretende, é aquele determinado na última decisão que fixou aqueles alimentos. Ora, a pensão é de dez ou de doze salários mínimos, por causa dessas condições financeiras de quem vai pagar e de quem vai receber a pensão. E tanto não é possível propor uma ação revisional na pendência de um recurso contra a ação de alimentos, que se colocou em perplexidade o eminente Presidente dessa sessão, que consultou o advogado sobre, afinal, qual é o valor da pensão, se são dez ou doze salários mínimos. E já havia eu, durante a sustentação oral, conversado com o eminente Revisor exatamente sobre isso, porque V. Ex.ª falou em 12 salários mínimos, e no voto do Relator estavam dez salários mínimos. Essa perplexidade foi motivada pela impropriedade da propositura da ação. Vejam o absurdo. Se essa ação fosse admissível, estaríamos nós numa situação de poder determinar um valor aqui na ação revisional, que é posterior à ação de alimentos, e o Superior Tribunal de Justiça fixar um valor diferente na ação de alimentos, que é anterior à ação revisional, sendo que a ação revisional prejudicaria a ação de alimentos, e isso não pode acontecer. Imagine-se que, por hipótese, nós déssemos provimento e fixássemos os alimentos em sete salários mínimos na revisional, porque a posterior é ação de alimentos. E na ação de alimentos vem o STJ e fixa em dez salários mínimos, ou, como na liminar da Ministra Nancy Andrighi, fixa em doze ou o que seja. Qual a decisão que prevalece, a da ação revisional ou da ação de alimentos? Por isso é que existe coisa julgada ou existe litispendência para a ação revisional. Era necessário que a sentença, não o valor, tivesse transitado em julgado, ou seja, que na ação de alimentos não houvesse pendência de recurso. Como há pendência de recurso, o que se faz na verdade é uma litispendência imprópria, mas é uma litispendência, porque está sendo pedido o mesmo objeto. Na ação de alimentos, está se pedindo para fixar a pensão alimentícia mensal, e na revisional de alimentos está sendo pedido para fixar a pensão alimentícia mensal que vai vigorar. Como não podem coexistir as duas, pelas duas razões - primeiro, pela impossibilidade jurídica de se rever uma decisão como uma ação própria que ainda está sub judice o recurso e, segundo, por haver uma litispendência imprópria -, é que estou suscitando uma preliminar de extinção do processo, sem julgamento de mérito da revisional de alimentos.

O Sr. Dr. Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho - Sr. Presidente, pela ordem.

Gostaria de me manifestar quanto à questão preliminar.

O Sr. Presidente (Des. Almeida Melo) - Passo a palavra ao Des. Moreira Diniz para decidir sobre a questão.

O Sr. Des. Moreira Diniz - Trata-se de uma preliminar que estou suscitando de ofício, por isso acho justo.

O Sr. Dr. Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho - (Prossegue a sustentação oral, quanto à questão preliminar).

O Sr. Des. Moreira Diniz - Sr. Presidente.

Vou fazer um acréscimo ao meu voto, em atenção ao ilustre advogado, para demonstrar que não há contradição, nessa decisão, com o

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 394

que V. Ex.ª tinha esclarecido. É que a ação revisional, no caso, a que o eminente Relator se teria referido, teria que ser interpretada processualmente, porque ela teria que ser feita sob a forma de uma cautelar incidental. Ela não poderia ser um pedido dentro dos próprios autos, porque seria uma inovação. E não poderia ser uma ação revisional, porque uma ação revisional implica uma segunda sentença, e nós teríamos o risco de duas sentenças paralelas, cada uma dando valores diferentes. Aí pergunto para o Senhor: como ficaria a decisão da ação de alimentos em relação à revisional com valor diferente, e vice-versa?

Não é possível. O que o Relator colocou no voto, no julgamento do recurso, por ocasião da ação de alimentos, é que teria que ser proposta uma revisional, mas, quando o juiz diz que é preciso propor uma revisão, ou é preciso cobrar uma dívida, não está dizendo para propor uma ação específica ou para propor uma ação de cobrança de dívida, porque a cobrança se faz de maneiras diferentes. E essa revisão, processualmente, se faz de maneira diferente. Como era baseada em um fato novo, se fosse em primeiro grau, poderia o fato ser deduzido simplesmente por petição nos autos, e o juiz, por despacho interlocutório, poderia mudar os alimentos revisionais, se fosse antes da sentença, então seria possível petição. Como foi depois da sentença, já com o processo em fase de julgamento de apelação, não poderia, na apelação, atravessar uma simples petição, apresentando fato novo, porque esse fato novo era posterior à ação de alimentos, e ele não poderia ser considerado na ação de alimentos como fundamentador de um valor diferente daquele valor fixado na sentença. Na ação de alimentos, o valor da pensão, fixado na decisão final, tem que ser baseado nos fatos colocados na petição inicial da ação de alimentos.

O fato novo que motiva, ou pode motivar, a modificação do valor da pensão tem que ser colocado de forma processual adequada. É uma revisão, sim, é uma nova visão das condições de fato para a fixação do valor da pensão. Essa revisão se faria por simples petição nos autos da ação de alimentos, apenas para alterar os alimentos provisionais. Ela se faria na fase de apelação, nunca por petição nos autos, mas por uma ação cautelar em que a parte interessada, no caso, o alimentante, já estaria se prevenindo contra os efeitos dessa modificação, e para lhe garantir a propositura depois da revisional de alimentos, com efeito já desde a cautelar.

Nesse caso seria um acautelamento com base num fato novo, que modificou a situação e substituiria a ação revisional "ordinária" até que se fixasse. E, a partir daí, na cautelar, já se poderia estabelecer um valor de pensão diferente daquele da sentença, sem que aquela decisão cautelar afrontasse a sentença ou o acórdão do Tribunal ou do Superior Tribunal de Justiça, na ação de alimentos. Na cautelar não se examina mérito com caráter de profundidade, mas se acautela direito meritório, que é diferente. É por isso que penso não haver contradição entre o que o Relator colocou por ocasião do julgamento da apelação na ação de alimentos e esta preliminar. O que não é possível é ter uma revisional de sentença que ainda não transitou em julgado. Pode-se rever o valor, mas pelo meio processual adequado. Eu nem deveria, mas até já indiquei o caminho, que seria um procedimento cautelar.

Mantenho a minha preliminar de extinção deste processo da maneira que foi posto.

O Sr. Des. Almeida Melo - Examinando a preliminar em matéria de Processo Civil, especialmente, de Direito de Família, particularmente, nesses assuntos, além dos outros, aos quais o Des. Moreira Diniz sempre dá contribuição preciosa, e que faz com que eu sempre esteja a reiterar minha admiração pelo seu talento, é difícil, efetivamente, divergir de S. Ex.ª, mas neste caso irei ousar divergir, com respeitosa vênia.

Vou tentar me explicar. Efetivamente sei que o problema dos alimentos tanto é grave para a pessoa que concede o alimento, como também para a que recebe. Quanto a quem recebe, nem é necessária maior discussão, porque se presume que a subsistência está a depender desses alimentos.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 395

Normalmente quem presta alimentos presta alimentos contrariado, porque, se não fosse assim, já teria havido solução consensual. Então é muito sensível essa questão dos alimentos.

Coloco-me na seguinte posição.

Se for necessário esperar o trânsito em julgado da ação de alimentos, a parte que pode ter direito à revisão dos alimentos terá que aguardar anos seguidos para que o Tribunal Superior resolva. O Tribunal Superior, às vezes, demora a dar uma decisão de mérito. Ora, estaria, então, a parte que sofreu uma *débâcle*, que sofreu uma crise financeira em sua vida, na obrigação de esperar anos a fio para poder obter a revisão? Isso seria iníquo. O Tribunal Superior poderia demorar anos, e a parte teria que se submeter a essa espera.

É claro que, como bem indicou o Des. Moreira Diniz, mas S. Ex.ª frisou o alcance da medida cautelar com muita precisão, poderia a parte se valer de uma medida cautelar. A matéria da medida cautelar é apenas adstrita ao problema do *periculum in mora*, da grave lesão, não devendo entrar no mérito da questão alimentar. Por isso, ainda assim, o devedor dos alimentos ficaria reduzido na sua possibilidade de defesa, sendo disponível para ele a curto prazo apenas a medida cautelar.

O Des. Moreira Diniz coloca: qual das duas decisões irá prevalecer? Permito-me responder: a do Tribunal de Justiça. É um dos poucos casos em que a decisão do Tribunal de Justiça prevalecerá contra o STJ, se for diferenciada, porque a decisão do STJ é decisão num processo pretérito, num processo cujos fatos são anteriores, e também uma decisão cautelar. Não pelo aspecto de ser decisão cautelar; normalmente a decisão cautelar não prevalece quando o Tribunal que a tenha proferido decida o mérito diferentemente. Nesse caso, não. O STJ, de terceira instância, deu uma cautelar sobre decisão do Tribunal de segunda instância.

Não seria pelo motivo de ser cautelar que ela desapareceria. Seria pelo motivo de, na ação de alimentos, estar examinando fatos anteriores aos fatos novos da ação revisional de alimentos. A norma da Lei dos Alimentos é expressa no art. 15: "a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação financeira dos interessados".

No julgamento da Apelação Cível nº 263.228-1, em 14 de setembro de 1995, Relator o Desembargador Ernani de Paiva, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a ação revisional pode ser proposta antes do trânsito em julgado da sentença da ação de alimentos.

É o Tribunal de Justiça de São Paulo que coloca de forma bastante clara que, antes do trânsito em julgado da ação de alimentos, é possível a ação revisional:

> [...]
> 2. Inicialmente, rejeita-se a argüição de litispendência (f. 227), pois diversos são o pedido e a causa de pedir na ação de alimentos e na ação revisional, estribando-se esta última em fatos novos modificativos da situação financeira dos interessados (Código de Processo Civil, art. 471, inciso I - Lei nº 5.478, de 25.07.68, art. 15).
> Sem relevância é o fato de ter sido a revisional intentada quando ainda não apreciado pelo Tribunal o recurso oferecido pelo réu na ação principal de alimentos (f. 26/31). Na verdade, embora esteja o art. 471 inserido na seção relativa à coisa julgada, não se refere a ela propriamente dita, mas à eficácia da sentença, o que quer dizer que a ação revisional contrária pode ser proposta, mesmo antes do trânsito em julgado da primeira decisão (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 1, v. 3, nº 330, p. 319).
> Com a invocação do artigo 15 da Lei de Alimentos, tem-se permitido que a revisão da obrigação alimentar, reconhecida na sentença, possa ser ajuizada mesmo na pendência de recurso contra o julgado que fixou a pensão, ainda que tal recurso tenha por objeto fatores que poderiam determinar eventualmente a modificação do *quantum* (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 2. ed., p. 724).

Então, eu me sentiria, inclusive, mal, se depois de ter mostrado que não poderia resol-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 396

ver no mero requerimento, na ação de alimentos, pedido superveniente de revisão, e ter mostrado a ação de revisão didaticamente, fosse dizer: não, essa ação só será possível daqui a cinco anos. Estaria quase que criando uma situação de penúria ou um estorvo judicial muito grande para o devedor dos alimentos.

Por isso, com respeitosa vênia, rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Sr. Presidente.

Ouvi a sustentação oral, ouvi o eminente Des. Moreira Diniz, que levanta, nesta oportunidade, a preliminar de extinção do processo revisional, e também ouvi Vossa Execelência.

Sob minha ótica, a solução jurídica apresentada pelo Des. Revisor é eminentemente técnica e, sendo técnica, deveria prevalecer a preliminar. Como bem disse S. Ex.ª, a ação revisional não poderia ter sido proposta antes da solução definitiva imprimida à ação de alimentos, pois bastaria uma simples petição nos autos asseverando que o alimentante perdera o emprego, mesmo na condição de médico, que é uma profissão rentável, e não teria condições de efetuar o pagamento da prestação alimentícia. Repito, a solução esposada nesta assentada pelo Des. Revisor se me afigura eminentemente técnica e correta, de conformidade com a norma processual e a jurisprudência.

Não obstante, o que me sensibiliza - embora seja difícil diferenciar a razão da sensibilidade, isso é coisa do Iluminismo -, não obstante o juiz deva ser eminentemente técnico e atento também à realidade social, é que o alimentante - há de se acreditar, como acredito na palavra do ilustre advogado - perdeu substancial rendimento em decorrência da dispensa do estabelecimento hospitalar. Ora, se não efetuar o pagamento, o juiz poderá decretar a sua prisão, e não seria a solução.

Assim sendo, com respeitosa vênia, não obstante reconheça a juridicidade contida na preliminar citada pelo eminente Des. Moreira Diniz, vejo-me obrigado, em face de tal relevância e constância fática, a desacolhê-la, *data maxima venia.*

O Sr. Des. Almeida Melo - Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

A sentença de f. 562/565-TJ julgou improcedentes os pedidos de exoneração e de revisão de alimentos promovidos pelo apelante contra os apelados.

O recorrente diz que ficou demonstrado que, além da sua demissão do cargo de Diretor Técnico do Hospital Felício Rocho, seus rendimentos atuais são de aproximadamente R$ 7.000,00. Aduz que sua renda, oriunda exclusivamente dos honorários da Felicoop (plantões, consultório e outros) e da Unimed-BH, é insuficiente para pagar os alimentos fixados em dez salários mínimos. Argumenta que dos valores recebidos retira a quantia de R$ 1.300,00 para o rateio das despesas da equipe médica do CTI e do seu consultório. Alega que a primeira apelada não demonstrou qualquer iniciativa para obter ganhos superiores a R$ 500,00, além de residir em imóvel próprio e contar com o auxílio dos pais. Argumenta que os apelados não têm despesas mensais superiores a R$ 3.200,00, conforme as planilhas de f. 173/201. Pede a exoneração do pagamento de alimentos à primeira recorrida e a redução do valor da prestação mensal paga aos filhos, mediante sua fixação em quantia certa e distribuição proporcional.

A revisão do valor da prestação de alimentos pressupõe alteração da situação de fato existente à época de sua fixação.

A alegação de impossibilidade de pagar a pensão alimentícia fixada anteriormente reclama prova irrefutável e convincente. Não basta que o alimentante sofra alteração na sua fortuna para justificar a redução da prestação; é necessário que a alteração seja de tal ordem que torne impossível o cumprimento da obrigação; do contrário, tal alteração será irrelevante.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 397

No caso, embora o recorrente tenha sido dispensado de suas funções de Diretor Técnico do Hospital Felício Rocho, a partir de 1º.06.05 (f. 25 e 38-TJ), não se demonstrou redução substancial dos seus rendimentos, capaz de tornar impossível o pagamento dos alimentos de dez salários mínimos fixados para os apelados.

O apelante, em seu depoimento pessoal (f. 465-TJ), informou que percebe remuneração líquida mensal variável entre R$ 7.000,00 e R$ 7.500,00 e que se dispunha a celebrar acordo com os apelados para a fixação dos alimentos no valor correspondente a dez salários mínimos atuais, mas sem a utilização do salário mínimo como fator de reajustamento.

Logo, a partir das próprias declarações do recorrente, conclui-se que, a despeito de ter experimentado alguma redução de rendimentos, não é crível que não possa continuar assistindo materialmente aos recorridos com o *quantum* inicialmente fixado.

Extrai-se da declaração de rendimentos percebidos em 2005 que, subtraída a quantia paga pelo Hospital Felício Rocho e considerados os honorários efetuados pelas outras duas fontes pagadoras (Felicoop e Unimed), que são mantidos, o apelante recebeu R$ 109.142,10 (f. 510-TJ) e pagou R$ 37.000,00 a título de alimentos (f. 514-TJ). Tem-se, pois, que, mantida a média de ganhos oriundos da Felicoop e da Unimed, sem considerar a renda de atendimento prestado em consultório particular, os alimentos destinados a quatro alimentandos correspondem a aproximadamente 34% dos honorários médicos obtidos pelo recorrente.

Observa-se, também, que, em 2005, o apelante realizou doação de R$ 125.000,00 em favor de terceiro, o que reforça a existência de disponibilidade financeira para o pagamento da prestação alimentícia (f. 512-TJ).

Dessa forma, relativamente à possibilidade do alimentante, ou seja, à sua capacidade contributiva, o fato novo apresentado não é suficientemente relevante para autorizar a redução do valor dos alimentos.

Não se provou, também, superveniência capaz de evidenciar a diminuição das necessidades dos filhos e da primeira-apelada (ex-esposa).

Os documentos juntados a partir da f. 173-TJ se referem a despesas dos apelados, dos meses de setembro a novembro de 2005, em valor médio de R$ 3.200,00, mas não são atuais nem discriminam todos os gastos necessários à subsistência dos alimentandos. Por isso, a presunção é de que são mantidas despesas compatíveis com a quantia anteriormente estipulada para os alimentos.

Segundo o relatório de f. 215-TJ, a primeira recorrida é portadora de melanoma dorsal, foi submetida a tratamento cirúrgico e recebe acompanhamento médico continuado.

Os depoimentos de f. 466 e 469-TJ indicam que, embora venha se esforçando para a obtenção de renda própria e suficiente ao custeio de suas despesas, a primeira apelada, como autônoma, na realização esporádica de desenhos técnicos, não aufere rendimentos médios superiores a R$ 500,00.

Verificados o estado de saúde e a idade da primeira-recorrida (49 anos - f. 63-TJ), não se há impor-lhe o desenvolvimento de atividade com remuneração bastante ao atendimento de suas necessidades, especialmente porque notória a grande dificuldade para sua inserção no mercado de trabalho.

A igualdade entre os cônjuges deve ser interpretada com temperamento e razoabilidade, de modo que não prevaleça sobre a realidade fática, como no caso, em que há continuidade da dependência financeira da mulher, a qual não deve ser privada do suporte material que sempre lhe prestou o ex-marido.

Portanto, não provada, de forma segura, a diminuição da capacidade contributiva do alimentante ou da necessidade dos alimentandos, não procedem os pedidos de exoneração do pagamento da pensão alimentícia à primeira apelada e de revisão do valor da prestação destinada à prole.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 398

Acolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Acompanho o Relator e nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Moreira Diniz - Sr. Presidente.

Não acresceria mais em termos de voto oral, porque o voto de V. Ex.ª já trata de tudo, não fosse o fato de que, da tribuna, foi feita a afirmação de que a proposta contida nos autos por parte do autor para um acordo haveria de ser entendida num contexto mais amplo, porque estava envolvendo cobrança ou execução de débito de pensão alimentícia vencida e não paga. E foi dito da tribuna exatamente isso: que a proposta não foi pura e simples por causa da ação revisional, mas, desde que envolvesse a solução dos outros processos, e o que se vê à f. 465-TJ dos autos, é o termo de depoimento pessoal do apelante, em que o mesmo afirma claramente que se dispõe a pagar uma pensão alimentícia correspondente a 10 (dez) salários mínimos, desde que o índice de reajuste não seja o do salário mínimo, porque, segundo ele, a variação do salário mínimo é maior do que a variação de sua renda. Um pouquinho mais abaixo, duas linhas, vem o esclarecimento de que também ele concordaria, para fins de acordo, em pagar esses 10 (dez) salários mínimos mensais, desde que fosse exonerado ou perdoado de pagar os alimentos vencidos e que estavam em fase de cobrança.

Ora, são duas coisas diferentes e que não se vinculam, porque uma coisa é o cidadão propor um acordo e nesse acordo a outra parte conceder e, para atingir a uma solução mais rápida, abrir mão de um direito que é até diferente, porque uma coisa são os alimentos vencidos, não pagos e em execução, outra coisa são os alimentos futuros a serem mensalmente pagos. Então, seria de se perguntar ao autor: se ele propôs a ação revisional dizendo que não tinha mais como continuar pagando os 10 (dez) salários mínimos por mês porque perdeu renda, e que sua renda não era mais suficiente, e se ele não pagou os atrasados que estava devendo, como ele se dispõe a continuar dali para frente a pagar os 10 (dez) salários mínimos se ele diz que não tem renda para pagar os 10 (dez) salários mínimos mensais? O perdão da dívida vencida não tem nenhuma vinculação com o fato futuro. Ele não vai ser obrigado a arrumar um dinheiro extra ou não vai ser obrigado a desfalcar a renda mensal para fazer um bolo de capital e pagar os alimentos atrasados em execução. Mas ele vai, depois disso, de perdoados os alimentos atrasados, ele vai continuar a pagar uma prestação mensal correspondente a 10 (dez) salários mínimos. Como ele se propôs a fazer isso se, na petição inicial, o fundamento era, exatamente, a incapacidade de pagar 10 (dez) salários mínimos por mês? A petição inicial da revisional não tem nada a ver com a ação de execução. O que importa é o futuro, porque a revisional produz efeitos para frente, para o futuro. Quem não pode pagar 10 (dez) salários mínimos no ato da propositura da ação não pode propor um acordo de pagar 10 (dez) salários mínimos, porque, quando ele propôs o acordo, ele desfez o fundamento da sua ação de revisão de alimentos, já que confessou que tinha condições de continuar pagando os 10 (dez) salários mínimos.

E, quanto a essa questão de correção do índice do salário mínimo, temos visto que o pobre assalariado brasileiro de vez em quando é aquinhoado com um gigantesco aumento que se aproxima da inflação, quando sabemos que o profissional liberal pode reajustar suas consultas, pode cobrar o que quiser, sem se vincular a isso. Não estou dizendo que os ganhos do autor vão ser reajustados acima do salário mínimo, nem em índice igual, mas isso não é fundamento, mesmo porque se houver um reajuste superior e ele demonstrar que a sua renda não acompanhou aquele reajuste, ele teria um novo fundamento para uma nova ação revisional.

Acompanho o Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSO LEVANTADA PELO VOGAL, QUE FICOU VENCIDO. NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 399

DESPEJO - ALUGUEL E ENCARGOS - AÇÃO DE COBRANÇA - CUMULAÇÃO DE AÇÕES - LOCAÇÃO - DEPÓSITO EM JUÍZO - PEDIDO - MOMENTO INADEQUADO - NÃO-APRECIAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA - MULTA CONTRATUAL - REDUÇÃO - CDC - NÃO-APLICABILIDADE - LEI DO INQUILINATO - ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL - INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO - *REFORMATIO IN PEJUS* - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Ação de despejo c/c cobrança de aluguéis e encargos da locação. Pedido de depósito em juízo dos valores devidos após a sentença. Não-apreciação pelo juiz. Cerceamento de defesa. Não-ocorrência. Multa de 10%. Redução. Aplicação do CDC. Impossibilidade. Fixação do percentual. Razoabilidade. Correção monetária. Termo inicial. Inadimplemento da obrigação. Reforma para pior. Impossibilidade. Prazo para desocupação do imóvel. 15 dias. Lei 8.245/91.

- A não-apreciação de pedido feito inoportunamente, após proferida a sentença, não configura cerceamento de defesa.

- À relação contratual de locação não se aplicam as disposições do CDC, já que a locação é regida por lei especial, a Lei nº 8.245/91, e não estão presentes na relação locatícia os requisitos previstos no CDC.

- O termo inicial para incidência da correção monetária é o inadimplemento da obrigação, nos termos do art. 397 do Código Civil. Mas, diante da impossibilidade de reforma para pior, mantém-se o estipulado na sentença.

- O prazo para desocupação do imóvel é de quinze dias, na forma do art. 62, II, da Lei nº 8.245/91.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.860082-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Joselene Herbster Leal de Sanctis - Apelada: Mírian Lima Gallotte - Relator: Des. GENEROSO FILHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 3 de abril de 2007. - *Generoso Filho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Generoso Filho - Verificados os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Joselene Herbster Leal de Sanctis contra sentença de f. 73/81, que, nos autos da ação de despejo c/c cobrança de aluguéis e encargos da locação proposta por Mírian Lima Gallotte, julgou procedente o pedido inicial.

Em suas razões, às f. 94/98, a apelante alega, preliminarmente, cerceamento de defesa: a) por não ter sido apreciado seu pedido de f. 83, de depósito em juízo dos valores de IPTU devidos; b) porque a controvérsia poderia ter sido resolvida extrajudicialmente, e só não foi porque a apelada colocou empecilhos, pelo que não deve ser rescindido o contrato. No mérito, alega que se aplica aos contratos de locação o

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 400

Código de Defesa do Consumidor; que, assim, a multa de 10% é abusiva e pode ser reduzida pelo juiz, conforme o art. 413 do Código Civil e orientação do STJ; que a correção monetária é devida desde a data da sentença, e não da citação; que o prazo para desocupação do imóvel deve ser de sessenta dias, pois estabelecer o prazo de quinze dias para que a apelante e sua família consigam outra moradia é desumano. Requer a reforma *in totum* da sentença recorrida.

A apelada apresentou contra-razões às f. 106/111, pugnando pela manutenção da sentença.

Preliminarmente, necessário tecer algumas considerações.

Sob o nome de preliminar de "cerceamento de defesa", aduz a apelante a desnecessidade de acionamento do Judiciário para dirimir a controvérsia que tinha com a apelada. Ora, tenho que tal preliminar seria de "falta de interesse de agir" e que não estaria configurada, já que, conforme devidamente comprovado nos autos, a apelada só procurou o provimento jurisdicional porque a apelante era devedora de valores relativos a aluguéis e encargos da locação por um período considerável. Portanto tinha a apelada um direito que a apelante obstava, pelo que demonstrado seu interesse na demanda.

Quanto à alegação de cerceamento de defesa pela não-apreciação de pedido de f. 83, também não procede. Tal pedido, de depósito judicial dos valores devidos, que creio ter sido formulado com o objetivo de evitar a rescisão contratual, foi formulado em data de 25 de agosto de 2006 e juntado aos autos em 30 de agosto de 2006, ou seja, após a sentença ter sido proferida (03 de agosto de 2006) e enviada para a publicação (29 de agosto de 2006), conforme f. 81/82. Dessa forma, tal pedido perdeu seu objeto. No mais, a oportunidade processual para o locatário depositar o débito atualizado e evitar a rescisão contratual é no prazo da contestação, conforme o art. 62, II, da Lei nº 8.245/91, momento já ultrapassado quando a apelante apresentou o pedido de f. 83.

No mérito.

Entendo que à relação contratual de locação não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor, já que tais contratos são regidos pelas disposições de lei especial, a Lei nº 8.245/91. No mais, para que se estabeleça a relação de consumo, é necessária a presença das figuras do fornecedor e do consumidor nos termos em que previstas nos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90, o que não vislumbro na relação locatícia.

Assim, não é aplicável ao caso o limite de 2% para a multa contratual. O valor de 10%, que foi o contratado pelas partes, deve prevalecer porque não há motivos para sua modificação, já que é razoável e se encontra dentro dos parâmetros estabelecidos na Lei do Inquilinato.

Neste sentido:

> Ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis - Contrato de locação - Ausência de pagamento de aluguéis, IPTU e contas de água - Obrigações do locatário - Juros legais - Multa - Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.
> - É de responsabilidade do locatário o cumprimento das obrigações decorrentes da relação locatícia, cabendo a ele efetuar os pagamentos contratados dos aluguéis, do IPTU e das contas de água, independentemente de sua constituição em mora pelo locador.
> - O Código de Defesa do Consumidor não é inaplicável à locação imobiliária, por não preencher os requisitos caracterizadores da relação de consumo, não havendo equiparação entre a relação locador e locatário e a relação fornecedor e consumidor, razão pela qual a multa de 10% (dez por cento) pelo atraso no pagamento dos encargos locatícios deve ser mantida. Os juros contratados de 1% (um por cento) ao mês não se mostram abusivos (Apelação Cível nº 2.0000.00.499044-3/000(1) - Comarca de Araguari - 11ª Câmara Cível do TJMG - Relatora Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto – j. em 01.06.2005).

E ainda:

> Ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis - Multa moratória - Redução - Inapli-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 401

cação do Codecon - Percentual razoável.
- À relação locatícia se aplicam as normas previstas na Lei 8.245/91, uma vez que, em regra, locatário e locador não se encaixam na definição de fornecedor e consumidor, respectivamente, afastando-se a aplicação das regras protetivas do consumidor.
- A cláusula penal compensatória estipulada no caso de inexecução do contrato, visando a suprir ao credor aquilo que o inadimplemento lhe retirou, deve ser fixada num patamar razoável, suficiente para ressarcir o locador dos danos provenientes da quebra do contrato (Apelação Cível nº 1.0223.97.002176-0/001(1) - Comarca de Divinópolis - 9ª Câmara Cível do TJMG - Relator Des. Antônio de Pádua – j. em 11.07.2006).

Em relação à correção monetária, é devida desde o vencimento das parcelas, já que, nos termos do art. 397 do Código Civil, tratando-se de obrigação positiva e líquida, o inadimplemento por si só constitui o devedor em mora. Entretanto, sendo impossível a reformatio in pejus, mantenho a data estipulada pela sentença, que é a do ajuizamento da ação (f. 80).

Finalmente, quanto ao prazo para a desocupação do imóvel, não há qualquer desumanidade. O Juiz primevo limitou-se a aplicar a norma do art. 63, § 1º, b, da Lei nº 8.245/91, que preceitua que o prazo para desocupação do imóvel, nos casos em que julgada procedente ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis e encargos, é de quinze dias.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença proferida pelo Juiz primevo.

Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Osmando Almeida e Pedro Bernardes.*

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - VEÍCULO CLONADO - MULTA - CANCELAMENTO - CONDUTOR NÃO IDENTIFICADO - PROVA NEGATIVA - IMPOSSIBILIDADE - CRLV - EMISSÃO - SEGURANÇA

Ementa: Mandado de segurança. Existência de multas. Veículo "clonado". Comprovação. Infrações. Não-cometimento. Prova negativa. Impossibilidade. Cancelamento. Emissão de CRLV. Segurança. Concessão.

- De se cancelarem multas por infrações de trânsito cometidas em período no qual havia outro veículo circulando com a mesma placa – "clonado", uma vez que a infração não identificou o condutor e impossibilita a exigência da prova negativa, na espécie. Ante tal situação, deve-se conceder segurança para determinar a emissão do CRLV, negada pela autoridade coatora.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.05.889233-2/002 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Alessandro Tadeu de Oliveira - Autoridade coatora: Chefe do Departamento de Trânsito de Minas Gerais - Detran-MG - 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,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 402

EM REJEITAR PRELIMINAR E CONFIRMAR SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2007. - *Manuel Saramago* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Manuel Saramago - Conheço da remessa oficial, bem como do recurso de apelação, aos seus pressupostos.

Versam os autos sobre mandado de segurança impetrado por Alessandro Tadeu de Oliveira, em desfavor do Estado de Minas Gerais, visando à emissão do CRLV do ano de 2005, que lhe estava sendo negado por pendência de multas de trânsito não pagas.

O MM. Juiz singular acatou a tese do impetrante de que a placa identificadora do veículo fora "clonada" e que as infrações não foram cometidas pelo mesmo, concedendo a segurança.

I - Perda de objeto.

Afirma a apelante que houve perda de objeto do presente *writ*, uma vez que o documento CRLV de 2005 não é mais necessário, visto que atualmente se exige o referente ao ano de 2006.

Sem razão, devida vênia.

O apelado não requereu em sua inicial apenas a emissão da CRLV de 2005. Mas sim que a autoridade apontada como coatora não deixe de emitir este documento, inclusive nos anos seguintes, com base nas multas recebidas entre 22.02.2002 a 19.04.2002.

Assim, como o pedido não se cingiu apenas ao CRLV de 2005, como afirmou a apelante, não ocorreu a perda de objeto do *mandamus*.

Destarte, rejeito a preliminar.

II - Remessa oficial.

A sentença deve ser mantida.

Apesar de legal a negativa de expedição de CRLV sem o devido pagamento das multas de trânsito, a teor do art. 131, § 2º, do CTB, *in casu*, as infrações não podem ser imputadas ao condutor.

Isso porque seu veículo fora "clonado", como se comprovou, e, no curto período de 22.02.2002 a 13.04.2002, onze infrações de trânsito foram cometidas, das quais apenas duas subsistiram após os recursos administrativos.

Tais infrações são referentes à condução acima do limite de velocidade, que, por ser atestada por aparelho radar, não possibilita a identificação do condutor (f. 10/12).

Assim, como ditas infrações foram cometidas em período no qual havia outro veículo circulando com a mesma placa e como não se pode exigir do apelado comprovação de fato negativo, as multas não podem subsistir.

Considerando a ilegalidade das multas imputadas ao apelado, não pode ser-lhe negada a emissão do CRLV com base no não-pagamento das mesmas.

Ante o exposto, confirmo a sentença em remessa oficial. Considero prejudicado o recurso de apelação. Sem custas, a teor do art. 10 da Lei Estadual 14.939/03 e do art. 511, § 1º, do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Dídimo Inocêncio de Paula e Albergaria Costa.*

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

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 403

AÇÃO ORDINÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - ENTIDADE FAMILIAR - RECONHECIMENTO - UNIÃO ESTÁVEL - ANALOGIA - ART. 226, § 3º, DA CF/88 - PRINCÍPIO DA IGUALDADE - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - APLICABILIDADE - PLANO DE SAÚDE - ASSISTÊNCIA MÉDICA - ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA - PARCEIRO - INCLUSÃO - PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - POSSIBILIDADE

Ementa: Ação ordinária. União homoafetiva. Analogia com a união estável protegida pela Constituição Federal. Princípio da igualdade (não-discriminação) e da dignidade da pessoa humana. Reconhecimento da relação de dependência de um parceiro em relação ao outro, para todos os fins de direito. Requisitos preenchidos. Pedido procedente.

- À união homoafetiva que preencha os requisitos da união estável entre casais heterossexuais deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

- O art. 226 da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas.

- A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.06.930324-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apeladas: M.C.A. e outra - 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 REJEITAR PRELIMINAR E NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2007. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Heloísa Combat - Conheço da remessa oficial, bem como do recurso voluntário interposto, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais, contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, de f. 108/113, que julgou procedente o pedido formulado na ação ordinária ajuizada por M.C.A. e F.M., para determinar a inclusão definitiva da autora M.C.A. no que se refere à assistência médica e odontológica, condenando o réu ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R$1.200,00.

A r. sentença fundamentou-se nos princípios constitucionais da igualdade e isonomia,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 404

que possibilitam a extensão às pessoas do mesmo sexo que vivem em união homoafetiva os mesmos direitos reconhecidos às uniões heterossexuais.

I - Questão preliminar: impossibilidade jurídica do pedido.

Os argumentos utilizados pelo apelante para fundamentar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido confundem-se com o mérito da ação ordinária. Tanto é assim que o próprio recurso não fez distinção entre preliminar e mérito, tendo objetivado sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Registre-se que a impossibilidade jurídica do pedido ou sua inadmissibilidade, *a priori*, constitui antecipação da impossibilidade jurídica do resultado pretendido, ou seja, dos efeitos sentenciais postulados, é dizer, ocorre a impossibilidade jurídica do pedido quando existir prévia proibição de seu conhecimento pelo juiz.

No caso em comento, tal condição da ação pode ser verificada, haja vista a possibilidade de apreciação pelo Juiz monocrático da pretensão deduzida na petição inicial, inexistindo vedação legal para tanto. É dizer, o fato de a dicção do art. 226, § 3º, da CF reconhecer a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar não impede a apreciação da questão que ora está sendo discutida, qual seja a extensão dessa proteção à união homoafetiva, podendo-se afirmar que a presente ação contém pedido que pode, perfeitamente, vir a ser atendido.

E, tendo em vista que as questões que fundamentaram a preliminar de impossibilidade jurídica se confundem com o mérito, deverão ser assim apreciadas.

Posto isso, rejeita-se a preliminar.

II - Mérito.

Alegou o apelante que não há previsão legal para o acolhimento dos pedidos formulados na inicial; que o ordenamento jurídico vigente, ao se referir à união estável, equiparando-a à entidade familiar, menciona grupo composto por homem e mulher, tais quais os casamentos possíveis pela legislação processual.

Asseverou que os princípios constitucionais de igualdade e isonomia não se contrapõem ao disposto no art. 226 da CF, que optou por estender à união estável entre homem e mulher a proteção especial conferida à família; que, à época em que a CF entrou em vigor, não mais era considerada tabu ou socialmente reprovável a união homoafetiva, mas deliberou-se por restringir o conceito união estável à coabitação entre pessoas de sexos distintos.

Aduziu que a assistência médico-hospitalar complementar oferecida pela Assembléia é uma vantagem concedida a seus beneficiários, visto que não se constitui cumprimento de obrigação; que, entendido sob esse prisma, o benefício não pode incluir usuários mediante interpretação extensiva.

Argumentou que não há falar em desigualdade, discriminação ou em violação à dignidade da pessoa humana, mas tão-somente em acatamento ao princípio da legalidade, norteador de toda atividade administrativa.

Registre-se, inicialmente, que incorreu, *data venia*, em erro material a r. sentença, uma vez que, não obstante seja possível extrair da decisão a intenção de reconhecer o direito da autora F.M. não só à inclusão como dependente no plano de saúde e odontológico do qual é titular a autora M.C.A., mas, também, para todos os fins de direito, incluindo o benefício de pensão, o dispositivo foi omisso quanto a esse segundo aspecto.

Não há falar que foi *infra petita* o r. *decisum*, uma vez que o pedido de reconhecimento do direito da autora F.M., para todos os fins de direito, incluindo o benefício de pensão, foi apreciado, tendo ficado explicitada, no corpo da sentença, a intenção do MM. Juiz singular de atender a todos os pedidos da inicial, tanto que o pedido foi julgado totalmente procedente.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 405

A meu ver, a omissão no dispositivo trata-se de mero erro material, que deve ser corrigido de ofício por esta Magistrada, não sendo o caso de se anular a sentença, devendo prevalecer, na espécie, os princípios da economia e celeridade processual e da razoabilidade.

Quanto ao mérito, pretendem as autoras M.C.A. e F.M. a inclusão da segunda como dependente da primeira no plano de saúde do qual esta é titular, bem como para todos os fins de direito, inclusive pensão, tendo as autoras fundamentado seu pedido no fato de que vivem em união estável desde 1990, tendo construído uma vida em comum a partir de então.

Aduziram as requerentes que a Assembléia Legislativa de Minas Gerais se nega a autorizar a Unimed a prestar serviços de assistência médica à autora F.M., na condição de dependente da funcionária M.C.A.

Inicialmente, cumpre salientar que, para a análise da possibilidade de se reconhecer a procedência do pedido inicial, faz-se necessário, antes, verificar se a relação homoafetiva entre as autoras pode ser considerada como união estável, o que, se positivo, implicaria reconhecimento do vínculo como sendo entidade familiar.

Após análise da jurisprudência existente sobre o tema, verifiquei que alguns tribunais, apesar de reconhecerem os direitos decorrentes da união homoafetiva, ainda resistem em considerar o vínculo como entidade familiar, fundamentando suas decisões, muitas vezes, no reconhecimento pela Constituição Federal, de forma expressa, apenas da união estável entre homem e mulher, como entidade familiar a merecer a especial proteção do Estado.

Oportuna a transcrição do art. 226, § 3º, da Constituição Federal:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> (...)
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Todavia, a meu ver, os direitos decorrentes da união homoafetiva são indissociáveis do conceito de entidade familiar, ou seja, não há como conferir direitos sem, antes, reconhecer que a união entre pessoas do mesmo sexo configure uma entidade familiar.

E, no meu entendimento, desde que preenchidos os requisitos necessários, deve ser reconhecida como união estável a união homoafetiva. E, considerando-se que a Constituição Federal reconhece o caráter de entidade familiar da primeira, não há motivos para se negar, à segunda, o mesmo título.

A partir da segunda metade do século XX, com, dentre outros fatores, a quebra do patriarcalismo, a revolução feminista e a globalização, a família passou por grande transformação, tendo deixado de ter como requisitos apenas o casamento, o sexo e a reprodução. Hoje, a antiga instituição é calcada, acima de tudo, no vínculo afetivo, admitindo-se, pois, várias formas de se constituir uma família, que pode ser a tradicional, formada por pai, mãe e filhos; aquela formada apenas por pai ou mãe e seus filhos; aquela constituída apenas por irmãos, nada impedindo que pessoas de mesmo sexo também formem uma família. Nesse novo século, a antiga fórmula preestabelecida para se definir a família cedeu lugar ao convívio, ao companheirismo e à afetividade.

Sobre o tema, a preciosa lição de Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias:

> As transformações da sociedade estão associadas a um novo discurso sobre a sexualidade, cuja base foi assentada pela Psicanálise, ensejando constar que a sexualidade se insere antes na ordem do desejo, que na genitalidade, como sempre fora tratada pelo Direito. Ante essa mudança, o pensamento contemporâneo ampliou seu horizonte sobre as diversas formas de manifestação da afetividade, compreendendo as várias possibilidades de constituir-se uma família. Principia, aí, a liberdade de afeto. Ou seja, a possibilidade de não se sujeitar aos modelos herdados e ainda postos como lei. Ganha curso histórico a libertação dos sujeitos.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 406

> (...)
> A legislação vigente regula a família do início do século passado, constituída unicamente pelo casamento, verdadeira instituição, matrimonializada, patrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual, ao passo que o moderno enfoque dado à família se volta muito mais à identificação dos vínculos afetivos que - enlaçando os que a integram - consolidam a sua formação (*Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. VII).

Registre-se que, com o ato de se conferir à união homoafetiva o status de entidade familiar, não se estaria caminhando para o fim da instituição "família", mas sim para a sua adequação aos anseios de uma nova sociedade, mais justa, mais igualitária e menos preconceituosa. É dizer, conferir à união homoafetiva o caráter de entidade familiar não se trata de reconhecer a degredação da instituição "família", mas sim a sua inevitável transformação.

Na esteira da explanação retro, não se pode negar à união homoafetiva que preenche os requisitos da união estável o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que o art. 226 da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo ser observados os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. A meu sentir, o referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, creio não tenha o legislador tido essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas.

Conforme consta no art. 126 do CPC, caberá ao julgador, no julgamento da lide, aplicar as normas legais e, não as havendo, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Dessa forma, pode o julgador adotar interpretação de forma sistêmica e evolutiva, em razão de mudanças históricas ou de fatos políticos e sociais que não se encontravam presentes na mente do legislador, aproximando-se do ideal de justiça, sem que haja norma expressa sobre a questão posta sob discussão.

Não obstante não tenha a Constituição Federal de 1988 tratado da união estável homoafetiva, referido diploma, por outro lado, foi claro quando apregoou os princípios da liberdade, da igualdade (não-discriminação) e da dignidade da pessoa humana, os quais devem prevalecer sobre a literalidade do art. 226 da CF.

Data venia, a lacuna existente em nossa legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.

No caso concreto, restou incontroverso nos autos que o vínculo entre as autoras preenche todos os requisitos necessários para a configuração de uma união estável, de um companheirismo, tendo sido demonstrado que elas convivem desde o ano de 1990, ou seja, há 17 anos, tendo uma relação duradoura, caracterizada pelo vínculo de afeto, respeito e mútua cooperação, o que não foi questionado pelo requerido, o qual se limitou a aventar impossibilidade jurídica do pedido.

Diante das provas acostadas aos autos, impõe-se seja reconhecida a existência de companheirismo entre as partes, e, considerando-se a inexistência de legislação que regule essa situação jurídica, devem ser aplicadas ao caso presente as normas relativas à união estável, tendo em vista a semelhança e identidade entre os dois vínculos.

Em suma, a união deve ser vista sob o prisma de ocorrer entre seres humanos.

Portanto, forçoso concluir que a união homoafetiva gerou direitos para as autoras, não

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 407

merecendo reparos a r. sentença monocrática, que reconheceu o direito da autora F.M. de passar à condição de dependente da autora M.C.A., para fins de inclusão como dependente no plano de saúde e odontológico do qual M.C. é titular, bem como para todos os fins de direito, incluindo o benefício de pensão.

A propósito, trechos da brilhante decisão proferida pelo ilustre Ministro Hélio Quaglia Barbosa, do colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 395.904 - julgado em 13.12.2005):

> Face à particularidade da espécie, deverá ser acionada a interpretação de diversos preceitos constitucionais em conjunto, não apenas a do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, para que, em seguida, se possa aplicar o direito infraconstitucional à espécie.
> O princípio da igualdade caminha juntamente com os princípios de idêntica relevância, não podendo jamais estar dissociado do princípio da justiça, em seu sentido mais puro.
> Há que se perceber que não há igualdade jurídica no não-direito.
> Ao se negarem, mesmo através de mecanismos legais, direitos fundamentais, entre eles o de sobrevivência, mediante percebimento de benefícios previdenciários, a pessoas que, se fossem de sexos diferentes, lograriam êxito em auferi-los, emerge um não-direito, ferindo o sentido que o Poder Constituinte procurou proteger, com a igualdade, ao editar a Constituição Federal de 1988.
> (...)
> Ademais, 'a Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência. Mostrando-se uma norma constitucional contrária a um princípio constitucional, tal fato configura um conflito, e, assim, a norma deve ser considerada inconstitucional, como sustentava Otto Bachof já em 1951. Assim não se pode deixar de ter por discriminatória a distinção que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal faz ao outorgar proteção a pessoas de sexos diferentes, contrariando princípio constitucional constante de regra pétrea' (DIAS, Maria Berenice. União homossexual - aspectos sociais e jurídicos. *Revista Brasileira do Direito de Família*, janeiro, fevereiro e março de 2000, p. 11).
> (...)
> O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a PET nº 1.984/RS, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio, referente à liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, indeferiu a suspensão pretendida, nos seguintes termos:
> 'Decisão ação civil pública - Tutela imediata - INSS - Condição de dependente - Companheiro ou companheira homossexual - Eficácia *erga omnes* - Excepcionalidade não verificada - Suspensão indeferida. - 1. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na peça de folha 2 a 14, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal. O requerente alega que, por meio do ato judicial, a que se atribuiu efeito nacional, restou-lhe imposto o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo sexo como companheiros preferenciais. Eis a parte conclusiva do ato (folhas 33 e 34): 'Com as considerações supra, defiro medida liminar, de abrangência nacional, para o fim de determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que: a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16, I, da Lei 8.213/91); b) possibilite que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita diretamente nas dependências da autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso; c) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91 e art. 22 do Decreto nº 3.048/99). Fixo o prazo de 10 dias para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil.'
> (...)
> Em nossa jurisprudência, ademais, os tribunais de segundo grau já têm entendido como cabível não só a partilha de bens, após a dissolução da união homossexual, como também a pensão por morte ao companheiro do segurado falecido, como se verifica nos seguintes julgados:
> 'Ementa: Apelação cível. Ação de reconheci-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 408

mento de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha. Demanda julgada procedente. Recurso improvido. - Aplicando-se analogicamente a Lei 9.278/96, a recorrente e sua companheira têm direito assegurado de partilhar os bens adquiridos durante a convivência, ainda que dissolvida a união estável. O Judiciário não deve distanciar-se de questões pulsantes, revestidas de preconceitos só porque desprovidas de norma legal. A relação homossexual deve ter a mesma atenção dispensada às outras ações. Comprovado o esforço comum para a ampliação ao patrimônio das conviventes, os bens devem ser partilhados. Recurso improvido' (Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação Cível nº 16313-9/99. Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Mario Albiani, julgado em 04.04.2001).

'Previdenciário - Pensão - Companheiro homossexual.

I - O autor comprovou uma vida em comum com o falecido segurado, mantendo conta bancária conjunta, além da aquisição de bens, tais como veículo e imóveis em seus nomes, por mais de vinte anos.

II - Os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformação por que passa a sociedade.

III - Compete ao juiz o preenchimento das lacunas da lei, para adequá-la à realidade social, descabendo, na concessão da pensão por morte a companheiro ou companheira homossexual, qualquer discriminação em virtude da opção sexual do indivíduo, sob pena de violação dos arts. 3º, inciso IV, e 5º, inciso I, da Constituição Federal.

IV - Tutela antecipada concedida.

V - O art. 226, § 3º, da Constituição Federal não regula pensão previdenciária. inserindo-se no capítulo 'Da Família'.

VI - Apelação e remessa necessária improvidas. Por unanimidade, negado provimento à apelação e à remessa necessária' (Apelação Cível Processo 2002.51.01.000777-0. Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Terceira Turma, publ. no *DJ* de 21.07.2003, p. 74, Relatora: Des.ª Fed. Tania Heine).

'Previdenciário. O direito. Pensão por morte ao companheiro homossexual. - 1. A sociedade, hoje, não aceita mais a discriminação aos homossexuais. - 2. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo para efeitos sucessórios. Logo, não há por que não se estender essa união para efeito previdenciário. - 3. 'O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica ...' (Pontes de Miranda). - 4. 'O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma popular, outra técnica: como as palavras da língua vulgar têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia, as regras de direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos' (Jean Cruet). - 5. O direito é fruto da sociedade, não a cria nem a domina, apenas a exprime e modela. 6. O juiz não deve abafar a revolta dos fatos contra a lei' (TRF - Primeira Região. Agravo de Instrumento - 200301000006970, processo: 200301000006970. UF: MG. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 29.4.2003. Documento: TRF100165809. Fonte: DJ de 29.4.2004, p. 27. Relator Desembargador Federal Tourinho Neto).

'Previdenciário. Concessão de pensão por morte de companheiro homossexual. União estável quando do óbito. Honorários advocatícios.

1. Comprovada a caracterização como companheiro homossexual e presumida legalmente a dependência econômica entre companheiros, é devida a pensão por morte.

2. Os honorários advocatícios são devidos em 10% sobre as parcelas vencidas até a decisão judicial concessória do benefício pleiteado nesta ação previdenciária, excluídas as vincendas (Súmula 111 do STJ)' (Origem: Tribunal - Quarta Região. Classe: AC - Apelação Cível - 651483, Processo: 200170000279920. UF: PR. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data da decisão: 15.12.2004. Fonte: *DJU* de 9.3.2005, p. 487. Relator Juiz Néfi Cordeiro).

(...)

A União homoafetiva é, sem embargo, tema com intensos reflexos no mundo jurídico, não podendo, pois, o direito, em momento algum, fechar-se de modo a ignorar ou simplesmente repudiar a realidade existente; 'e assim é, na verdade, pois o direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas interessando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a União Estável,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 409

> outras ficando à margem dele' (REsp 148897/MG. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. Data do julgamento: 10.02.1998).
> Relembre-se que, a própria mulher, por séculos a fio, era tratada pelo sistema jurídico como relativamente incapaz.

Merece especial destaque a parte em que o ilustre Ministro cita lição de Canotilho:

> (...) 'o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão da igualdade justa pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade? Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objetivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. Todavia, tal proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um 'fundamento razoável' implica, de novo, o problema da qualificação desse fundamento, isto é, a qualificação de um fundamento como razoável aponta para um problema de valoração. A necessidade de valoração ou de critérios de qualificação, bem como a necessidade de encontrar 'elementos de comparação' subjacentes ao caráter relacional do princípio da igualdade implicam: (1) a insuficiência do 'arbítrio' como fundamento adequado de 'valoração' e de 'comparação'; (2) a imprescindibilidade da análise de natureza de o peso, dos fundamentos ou motivos justificadores de solução diferenciadas; (3) insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas defensiva ou negativa. Esta idéia de igualdade justa deverá aplicar-se mesmo quando estamos em face de medidas legislativas de graça ou de clemência (perdão, anistia), pois embora se trate de medidas que, pela sua natureza, transportam referências individuais ou individualizáveis, elas não dispensam a existência de fundamentos materiais justificativos de eventuais tratamentos diferenciadores' (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, ob. cit., p. 429).

Nesse contexto, o ensinamento de Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias:

> (...) o discurso da igualdade, para ser socialmente eficaz, deve atentar à necessidade do reconhecimento da diferença *(op. cit*., p. X).

Sobre o tema, oportuna a transcrição de trecho do brilhante voto da lavra do culto Desembargador Luciano Pinto, deste Tribunal de Justiça:

> Passo seguinte, é de ver que o art. 1º da Lei 9.278/96, que reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, é passível, sob a lógica do razoável, de aplicação ao caso presente, logo, existe possibilidade jurídica para o pedido.
> A lógica do razoável é uma província diversa da razão matemática, porque decorre de realidades humanas sobre as quais intervêm juízos sobre adequação dos meios para prevalência de tais realidades, com os olhos fitos sobretudo na licitude de tais meios.
> Nesse passo, ressalte-se que o princípio da não-discriminação, suporte da igualdade entre os cidadãos, é meio altamente lícito para a consecução dos objetivos fundamentais

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 410

da República, de modo que as situações que reclamem a aplicação desse princípio devem ser cuidadas sob o *logos razonable*, para que ele nunca perca sua efetividade.
A união homoafetiva implica uma situação representativa de entidade familiar, quando decorrente de convivência duradoura, pública e contínua, porque o princípio da não-discriminação afasta a limitação de que tal união seja somente entre homem e mulher (TJMG - Apelação Cível nº 503.767-2. Julgamento: 11.8.2005).

Confira-se a respeito o entendimento dos tribunais pátrios:

Processo civil e civil - Prequestionamento - Ausência - Súmula 282/STF - União homoafetiva - Inscrição de parceiro em plano de assistência médica - Possibilidade - Divergência jurisprudencial não configurada.
- Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.
- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.
- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui os direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.
- Para configuração da divergência jurisprudencial, é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta (STJ - REsp 238715 - Relator Ministro Humberto Gomes de Barros - Julgamento: 07.03.2006).

Ação declaratória. Reconhecimento. União estável. Casal homossexual. Preenchimento dos requisitos. Cabimento. - A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos de abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parelhas matrimoniadas. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (Segredo de justiça) (Embargos Infringentes nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 10.06.2005).

Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. - É possivel o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante os princípios fundamentais insculpidos na Constituicão Federal, que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. É justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso País, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida (Apelação Cível nº 598362655, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 1º.03.2000).

Relação homoerótica. União estável. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Analogia. Princípios gerais do direito. Visão abrangente das entidades familiares. Regras de inclusão. Partilha de bens. Regime da comunhão parcial. Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do CC/2002. Precedentes jurisprudenciais. - Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto, arga-massado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 411

(Segredo de justiça). (Apelação Cível n.º 70005488812, Sétima Câmara Cível. TJRS. Relator José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 25.06.03)

Antevê-se que, em pouco tempo, essa matéria se tornará tão corriqueira como hoje se têm a separação e o divórcio, institutos que causaram tanta celeuma, ainda recentemente.

No que tange ao valor dos honorários advocatícios, tenho que foi fixado razoavelmente, por apreciação eqüitativa do Juiz (§ 4º do art. 20 do CPC), atendidas as normas das alíneas a, b e c do § 3º.

Em casos como o dos autos, devem ser arbitrados em conformidade com o § 4º do art. 20 do CPC, tendo em vista se tratar de hipótese em que a Fazenda Pública foi vencida.

A verba honorária deve ser fixada objetivando a compensação do advogado pelo esforço profissional despendido na causa, atendendo-se ao princípio da razoabilidade. Devem ser considerados os requisitos previstos no art. 20, § 3º, a, b e c, do CPC, impositivo de observância do grau de zelo do profissional, do lugar da prestação do serviço, da natureza e importância da causa, do trabalho desenvolvido pelo profissional e do tempo exigido para seu serviço.

No caso em comento, a questão tratada é relativamente simples, tenho que bem dosado o valor fixado pelo MM. Juiz *a quo*, na r. sentença, de R$ 1.200,00, não merecendo alteração para menos.

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência:

O patrocínio profissional deve encontrar remuneração condizente com a nobre e elevada função exercida pelo advogado, devendo o juiz fixar seus honorários de acordo com a complexidade da causa, o conteúdo do trabalho jurídico apresentado e a maior ou menor atuação no processo. Se a causa é julgada antecipadamente, pela ausência de contestação, não é aconselhável sejam os honorários fixados no seu percentual máximo, vez que reduzido foi o trabalho profissional do advogado na causa (Ap. Cív. 5823, Rel. Des. Oto Sponholz, Primeira Câmara Cível do TJPR, JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva - CD-ROM nº 15).

Com tais considerações, no reexame necessário, rejeito a preliminar aventada e confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

De ofício, corrijo erro material na r. sentença, para que passe a constar em seu dispositivo a procedência total do pedido inicial, para reconhecer o direito da autora F.M. não só à inclusão como dependente no plano de saúde e odontológico do qual é titular a autora M.C.A., mas, também, para todos os fins de direito, incluindo o benefício de pensão.

O Estado de Minas Gerais está isento do pagamento de custas, de acordo com o disposto no art. 10º, I, da Lei nº 14.939/2003.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Alvim Soares e Edivaldo George dos Santos.*

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

-:::-

INDENIZAÇÃO - VEÍCULO - FURTO - ESTACIONAMENTO - *SHOPPING CENTER* - RESPONSABILIDADE CIVIL - SÚMULA 130 DO STJ - APLICABILIDADE - SEGURADORA - LEGITIMIDADE ATIVA - SUB-ROGAÇÃO

Ementa: Ação de indenização. Furto de veículo. Estacionamento de estabelecimento comercial. Responsabilidade. Seguradora. Sub-rogação.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 412

- O estabelecimento comercial que oferece aos clientes estacionamento responde pela guarda de veículo que se encontra em suas dependências, sub-rogando-se a seguradora nos direitos indenizatórios quando arca com os danos materiais perante o segurado.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.06.931260-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Condomínio Shopping Del Rey - Apelada: HDI Seguros S.A. nova denominação de Hannover International Seguros S.A. - Relator: Des. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Acórdão

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

Belo Horizonte, 23 de maio de 2007. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Fernando Caldeira Brant - Insurge-se o réu Condomínio Shopping Del Rey contra a sentença de f. 89/95 proferida pelo MM. Juiz *a quo* da 7ª Vara Cível da Capital, que, nos autos da ação de indenização, julgou procedente o pedido da inicial para condenar o réu a pagar à seguradora autora a importância de R$ 12.967,41, devidamente corrigida, acrescida ainda de juros, a partir do efetivo desembolso da seguradora. Condenou a parte ré a arcar com as custas e honorários advocatícios.

Inconformado, em suas razões recursais de f.97/103, o réu aduz que a sentença hostilizada merece ser reformada, uma vez que a seguradora não comprovou o fato constitutivo do seu direito. Requer o provimento do apelo.

Preparo de f.104, recebida a apelação à f.105.

Contra-razões às f.107/109.

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

Segundo consta dos autos, a autora/seguradora pretendeu receber do réu o ressarcimento dos prejuízos causados pelo furto do veículo da sua segurada no estacionamento do *shopping* réu.

Realizada a prestação jurisdicional pelo Juízo *a quo*, o pedido da autora foi julgado procedente, motivo pelo qual a parte ré busca através do recurso sub examine a reforma do *decisum*.

Não havendo preliminares, passo à análise do mérito.

Compulsando severamente os autos, verifica-se que a sentença hostilizada não merece sofrer censura quanto à indenização; se não, vejamos:

É incontroverso o furto do veículo ocorrido nas dependências do estabelecimento do réu, bem como que a seguradora autora procedeu à indenização dos prejuízos sofridos à segurada, uma vez que tinha contrato de seguro firmado com o cliente do réu.

Ao pagar à segurada o valor relativo ao veículo furtado, a seguradora sub-rogou-se nos direitos do cliente de se ver indenizado pelo estabelecimento onde se encontrava o carro estacionado.

Frise-se que o réu é quem deve arcar com o prejuízo sofrido pelo cliente, que, confiando na segurança do estabelecimento, deixa seu carro estacionado, enquanto se utiliza dos serviços oferecidos pelo *shopping*.

O dever de guarda e ressarcimento, *in casu*, existe, ainda que não haja qualquer contrato escrito entre as partes e mesmo que o estacionamento seja concedido a título gratuito.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 413

Não se pode perder de vista que, ao ofertar local para os clientes guardarem os veículos enquanto eles utilizam dos serviços e produtos, o estabelecimento comercial está disponibilizando-lhes conforto, que é, ao mesmo tempo, atrativo para que aqueles consumidores optem por freqüentar aquele local.

Dessa maneira, responsabilizando-se o estabelecimento comercial pelo risco de sua atividade, deve zelar pelo bem-estar, conforto e segurança dos clientes, garantindo inclusive a guarda de veículo posto por cliente em seu estacionamento.

Ademais, o STJ já editou súmula a respeito, orientando expressamente:

> Súmula 130 - A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.

Não poderá o réu escusar-se de sua responsabilidade.

Ora, a responsabilidade de manter a segurança é do réu, independentemente dos meios utilizados para tal.

A autora, ao trazer para os autos o boletim de ocorrência e a nota fiscal da compra efetuada por sua segurada em uma das lojas pertencentes ao réu no dia do sinistro, comprovou a existência do furto do veículo que se encontrava no estacionamento do *shopping*.

É sabido que o boletim de ocorrência possui presunção de veracidade, todavia as demais provas coligadas nos autos serviram para comprovar a veracidade das alegações da autora.

Até porque, conforme informou o preposto do réu à f. 40, a segurança do estacionamento era feita por filmagens à época, sendo que não havia qualquer documento escrito para o controle da entrada e saída dos veículos das dependências do *shopping* e, ainda, que as filmagens eram apagadas alguns dias depois para reaproveitamento.

Dessarte, o réu não logrou êxito em elidir a pretensão autoral nos termos do art. 333, II, do CPC.

Ante tais considerações, nego provimento ao recurso interposto pelo réu a fim de manter incólume a sentença hostilizada.

Custas recursais, pelo apelante.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

POSSESSÓRIA - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - LIMINAR - CONCESSÃO - ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - REQUISITOS - PRESENÇA - PROPRIEDADE - POSSE - ESBULHO - TURBAÇÃO - PROVA - AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO - DESNECESSIDADE - OITIVA DE TESTEMUNHAS - FACULDADE DO JUIZ

Ementa: Agravo de instrumento. Efeito suspensivo. Reintegração de posse. Esbulho. Ausência de audiência de justificação. Alegação de ausência de requisitos do art. 927 do CPC. Comprovação de propriedade. Negar provimento.

- Em ações possessórias, a liminar de reintegração ou manutenção de posse será deferida quando houver a comprovação pela parte autora, na petição inicial ou através da audiência de justificação, dos elementos capazes de ensejar a concessão da tutela antecipada.

- A oitiva ou não de testemunhas quando da análise da liminar de reintegração de posse é faculdade do juiz, pois, quando os documentos trazidos aos autos não são suficientes, aí, sim, é que o Magistrado designa audiência de justificação.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 414

AGRAVO N° 1.0534.06.006567-7/001 - Comarca de Presidente Olegário - Agravante: Augusta dos Reis de Lima - Agravado: Espólio de Ana Maria de Campos Bueno, representado pela inventariante Samira Campos Bueno - Relator: Des. NICOLAU MASSELLI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de junho de 2007. - *Nicolau Masselli* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nicolau Masselli - Reunidos os pressupostos objetivos e subjetivos da admissibilidade, conhece-se do agravo.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo aforado por Augusta dos Reis Lima na ação de reintegração, proposta pelo espólio de Ana Maria de Campos Bueno representado por sua inventariante Samira Campos Bueno contra o agravante, em que o Magistrado *a quo* proferiu o despacho deferindo a liminar de antecipação de tutela

> ... para determinar que a agravante retire a cerca, porteira e mata-burros e demais bens que lhe pertencerem, no prazo de 03 (três) dias, sob pena de transferir ao autor a remoção dos aludidos itens, às expensas daquela, com observância aos marcos descritos na escritura pública. Determino, ainda, a cominação de multa diária de R$ 100,00 (cem reais), para o caso de esbulho ou turbação da posse do autor pela ré, enquanto perdurar o feito.

O agravado ajuizou ação de reintegração de posse em face do agravante, alegando ter sofrido por este, esbulho e turbação em imóvel rural de sua posse e propriedade.

Alega ainda o agravado que a turbação e o esbulho se deram a partir do dia 02 de outubro de 2006, quando o agravante teria contratado “alguns homens para fazer uma cerca” dentro de seu terreno.

No dia 03 de outubro de 2006, foi lavrada ocorrência policial (f. 23/24-TJ).

Em seguida, conta o agravado que o agravante construiu uma cerca, com porteira e instalou mata-burros na estrada, dentro de seu terreno.

Por essas razões, requereu a liminar de reintegração de posse sob pena de multa em caso de descumprimento.

O ilustre Magistrado de 1º grau, em seu despacho de f. 50/57-TJ, deferiu a liminar pleiteada, ordenando a retirada da cerca, porteira, mata-burros e demais bens no prazo de 03 (três) dias sob pena de multa diária.

O agravante, inconformado, apresenta o agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo nos termos dos arts. 522 e seguintes.

Deferido o pedido de efeito suspensivo.

Contra-razões apresentadas nas f. 139/150.

Não se pode confundir posse com propriedade.

A posse é um estado de aparência, que torna possível o exercício dos direitos à propriedade.

“Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 415

propriedade". Este é o texto do art. 1.207 do nosso Código Civil de 2002.

Com relação às ações possessórias, nosso Código de Processo Civil, em seu art. 927, nos escreve:

> Incube ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Em ações possessórias, a liminar de reintegração ou manutenção de posse será deferida quando houver a comprovação pela parte autora, na petição inicial ou através da audiência de justificação, dos elementos capazes de ensejar a concessão da tutela antecipada.

O art. 928 do CPC diz: "Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz poderá deferir a liminar de reintegração ou manutenção de posse...".

É certo que, não comprovada a posse, não se pode dizer que existiu esbulho ou turbação, sendo necessária a oitiva de testemunhas.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal, *verbis*:

> Processual civil - Liminar de reintegração de posse - Justificação prévia - Citação do réu - Recusa em ouvir testemunhas do réu - Cerceamento de defesa - Inexistência - Faculdade do juiz - Inteligência do art. 928 do CPC. - O diploma processual civil, em seu art. 928, permite que o magistrado defira a liminar de reintegração de posse sem a oitiva da parte contrária; assim, a realização de audiência de justificação sem colheita das provas testemunhais do réu não configura afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ademais porque a prova coligida na audiência de justificação prévia é destinada unicamente à obtenção da liminar, medida revestida de caráter provisório, que não exige o mesmo grau de convencimento necessário ao julgamento definitivo da lide. (Apelação 2.0000.00.390105-3/000(1), Relator Alvimar de Ávila, 14.12.2002.)

> Agravo de instrumento. Reintegração de posse. Liminar indeferida. Realização da audiência de justificação. Necessidade. - A audiência prévia visa a oportunizar ao autor provar o alegado e ao réu a contraprovar, através da justificação, cujo objetivo é levar ao julgador elementos de convicção suficientes para formar um juízo provisório da controvérsia instaurada. Note-se que a audiência somente é dispensável para deferir a liminar *initio litis*, não para indeferi-la, como nos ensina o art. 928 do *Codex*. (Agravo de Instrumento 1.0024.05.770922-2/002(1), Relator Irmar Ferreira Campos, 20.12.2005.)

> Reintegração de posse - Liminar - Requisitos - Audiência de justificação - Ausência de oitiva de testemunhas - Inexistência de ofensa ao princípio do devido processo legal. - A outorga de liminar em sede de ação de reintegração de posse está vinculada ao cumprimento dos requisitos expressos no art. 927 do Digesto Processual; satisfeitas essas exigências através de provas documentais capazes de formar um juízo seguro sobre a lide, há de ser concedida, sendo que a dispensa da prova oral não causará ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal, de que são corolários o da ampla defesa e o do contraditório, porquanto a lei confere ao possuidor o direito à proteção liminar de sua posse, independentemente de se inquirirem as testemunhas, desde que reunidos os pressupostos preconizados no referido texto legal. (Agravo de Instrumento nº 0304789-8/2000, 3ª Câmara Civil do TAMG, São João Nepomuceno, Rel.ª Juíza Jurema Brasil Marins, j. em 31.05.2000, unânime.)

No presente caso, analisando os documentos apresentados em f. 19/42-TJ, tenho comigo que se encontram comprovados a propriedade e o exercício da posse do agravado, sendo, portanto, neste momento processual, desnecessária a audiência de justificação a fim de se comprovar ou não tal posse.

De se esclarecer, ainda, que a oitiva ou não de testemunhas quando da análise da liminar de reintegração de posse é faculdade do juiz, pois, quando os documentos trazidos aos autos não são suficientes, aí, sim, é que o Magistrado designa audiência de justificação.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 416

Com tais assertivas, é claro que não compete ao agravante irresignar-se nessa fase processual, pois, quando da concessão ou não da liminar, é defeso ao réu fazer qualquer prova.

Com tais razões de decidir, nego provimento ao recurso, para manter a r. decisão hostilizada por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pelo agravante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *José Amancio* e *Sebastião Pereira de Souza.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - CÂMARA MUNICIPAL - ABUSO DE PODER - VEREADOR - FISCALIZAÇÃO - DOCUMENTO PÚBLICO - IMPEDIMENTO DE ACESSO - ILEGALIDADE - CONCESSÃO DA ORDEM

Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Ato do presidente da Câmara Municipal. Impedimento do acesso de vereador aos documentos da Casa Legislativa. Afronta à função fiscalizadora do Legislativo local. Ordem concedida.

- O ato que nega, restringe ou dificulta o acesso do vereador aos documentos existentes no arquivo da secretaria da Câmara Municipal é abusivo e ilegal, se no Regimento Interno consta o direito do vereador ao seu acesso. Dentre as atribuições conferidas aos vereadores, está consignada a de fiscalização dos atos públicos. Na qualidade de agentes, os vereadores devem fazer as vezes do Estado no dever-poder de fiscalização, sendo que para tal o acesso à informação documental se torna imperioso.

REEXAME NECESSÁRIO n° 1.0390.05.011845-9/001 - Comarca de Machado - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Machado - Autor: Cristóvão Rodrigues de Carvalho - Réu: Presidente da Câmara Municipal de Carvalhópolis - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2007. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade - Trata-se de reexame necessário referente à decisão de f. 68/70, proferida no mandado de segurança impetrado por Cristóvão Rodrigues de Carvalho, em face do Presidente da Câmara Municipal de Carvalhópolis, que concedeu a ordem por entender que os vereadores devem ter acesso às informações relativas à Casa Legislativa municipal.

A D. Procuradoria, em parecer apresentado às f. 80/81, opinou pela confirmação da sentença.

Conheço do reexame necessário e passo à análise das questões de mérito.

O que se extrai dos autos é que o impetrante, Cristóvão Rodrigues de Carvalho, é vereador no Município de Carvalhópolis e impetrou a presente ação mandamental contra

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 417

ato de Joaquim José Caproni, Presidente da Câmara Municipal, que impede o acesso do vereador aos documentos relativos àquela Casa Legislativa.

Segundo consta dos autos, o impetrado vem dificultando o acesso do impetrante aos documentos arquivados na Câmara Legislativa daquele Município, ordenando que o arquivo permaneça sempre trancado.

Tendo em vista a impossibilidade de acesso direto aos documentos ali guardados, o impetrante protocolizou requerimento de vista dos documentos que lhe interessavam. Seu pedido não surtiu efeito, de modo que, findados os meios administrativos de busca pelo seu direito, intentou o presente *writ*.

Ab initio, observa-se que as condições da ação se encontram presentes no feito, de modo que se pode observar também a presença dos pressupostos para impetração de mandado de segurança, quais sejam a alegação de direito líquido e certo e a comprovação de plano das alegações iniciais, tendo em vista que a via eleita não suporta dilação probatória.

Em sede de prestação de informações, a autoridade tida como coatora alegou que em momento algum houve impedimento do impetrante ao acesso dos documentos arquivados na secretaria da Câmara.

Em contra-senso, aos autos estão colacionados Boletins de Ocorrência que corroboram com a argumentação expendida na inicial. Mesmo sabendo que tais documentos foram produzidos unilateralmente e que não existe comprovação de que os fatos narrados ao oficial de polícia não têm presunção absoluta de veracidade, parece lógico que as alegações tenham fundamento, quando analisadas conjuntamente com a solicitação de f. 15, requerimento de vista de documentos.

Ademais, o documento de f. 58/59 faz transparecer que o impetrado descumpriu inclusive ordem judicial, quando não permitiu o acesso do impetrante às informações pleiteadas, mesmo sob liminar (f. 55).

Cumpre salientar que na legislação que instrui a inicial, em concordância com o disposto no art. 31 da Constituição Federal, o Regimento Interno da Câmara Municipal de Carvalhópolis prevê que:

> Art. 1º - A Câmara Municipal, composta por vereadores, é o órgão do Poder Legislativo local, exercendo as funções legislativas específicas, de fiscalização financeira e de controle externo do Executivo, desempenhando ainda as atribuições que lhe são próprias à gestão dos assuntos de sua economia interna.

O mesmo diploma concede ao vereador o direito de analisar todos os documentos existentes sob guarda do Legislativo municipal, vejamos:

> Art. 39 - São direitos do vereador, uma vez empossado:
> (...)
> V - examinar documentos existentes no arquivo, ...

Cuide-se que o artigo supracitado impõe o direito ao pleno acesso às informações documentais mediante o preenchimento de dois requisitos básicos, quais sejam ser vereador e estar devidamente empossado.

O impetrante preenche os requisitos, como se infere do documento de f. 16/17.

O impetrante tenta efetuar a fiscalização de atos públicos mediante os mecanismos conferidos constitucionalmente aos vereadores, de modo que seu mister depende da análise documental, o que lhe foi negado. Cuide-se de que a fiscalização ora mencionada é dever-poder do Legislativo, e deve ser realizada mediante atos dos agentes públicos responsáveis, ou seja, vereadores.

O ato do Presidente da Câmara Municipal de Carvalhópolis é abusivo e arbitrário, excedendo o princípio da razoabilidade e afrontando o princípio da legalidade, que regem os atos dos agentes públicos.

O Magistrado, ao examinar o caso concreto, entendeu pela concessão da segurança, corroborando com a opinião exarada pelo

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 418

Parquet. O *decisum* primevo é incensurável, e não merece reforma.

Diante de todo o exposto, confirmo a sentença de primeiro grau em reexame necessário.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Armando Freire* e *Alberto Vilas Boas*.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 419

LATROCÍNIO - OCULTAÇÃO DE CADÁVER - DOLO - TIPICIDADE - CONCURSO MATERIAL - HOMICÍDIO - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - RETRATAÇÃO - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO

Ementa: Apelação criminal. Latrocínio e ocultação de cadáver. Prova. Confissão extrajudicial. Validade. Retratação em juízo. Negativa de autoria afastada. Delitos comprovados. Condenação mantida. Desclassificação para homicídio. Impossibilidade. Concurso material de infração.

- É certo que a confissão extrajudicial é retratável. Entretanto, embora retratada em juízo, tem valia, desde que não elidida por quaisquer indícios ponderáveis. Em circunstâncias tais, o juiz tem plena liberdade de confrontá-la com os demais elementos dos autos, a fim de verificar se ela é ou não verossímil.

- Inadmissível a desclassificação do crime de latrocínio para homicídio, comprovada a intenção de subtrair coisa alheia móvel mediante violência à pessoa, de que resultou a morte da vítima.

- A retirada do cadáver do local do crime para outro no qual não será normalmente reconhecido caracteriza o ilícito de ocultação de cadáver, punível em concurso material com o homicídio.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0624.06.009619-2/001 - Comarca de São João da Ponte - Apelante: Luiz Alves de Almeida Júnior - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2007. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Paulo Cézar Dias - Luiz Alves de Almeida Júnior foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, c/c art. 69, e art. 211, c/c art. 61, II, alínea b, todos do Código Penal, a uma pena total de 21 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e 20 dias-multa, porque, no dia 20 de janeiro de 2006, por volta das 15h, na estrada entre os povoados de Limeira e São Vicente, zona rural de Vazerlândia, mediante violência a pessoa de que resultou a morte da vítima Francisco Avelino Oliveira Rocha, subtraiu desta, para si, coisas móveis alheias.

Narra a denúncia que, no dia dos fatos, vítima e acusado haviam celebrado contrato de permuta: a vítima entregara sua motocicleta (NX verde) e, em troca, recebera a motocicleta do primeiro denunciado (YBR roxa) e outros objetos de valor, ficando credora, ainda, de R$2.000,00 (dois mil reais) em dinheiro. Todavia, como o denunciado não cumpriu sua prestação pecuniária, a vítima, no dia dos fatos, exigiu o distrato, sendo que ambos destrocaram as motocicletas e partiram com destino à residência da vítima, para que ali ela devolvesse os outros objetos permutados.

Durante o percurso, o acusado, com o intuito de apoderar-se da motocicleta da vítima, deflagrou contra esta diversos disparos de arma de fogo. Após os tiros e já estando a vítima caída no chão, ainda desferiu o denunciado

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 420

algumas pauladas contra a cabeça dela, para tanto valendo-se de um pedaço de madeira encontrado no local, resultando da violência várias lesões que causaram a morte da vítima.

Contra a decisão condenatória, o acusado recorreu. Em suas razões de f. 259/273, argúi, preliminarmente, a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação, e nulidade do processo porque a denúncia foi oferecida sem a juntada aos autos do exame de corpo delito da vítima. No mérito, pleiteia a desclassificação do crime de latrocínio para o de homicídio, para que seja julgado pelo Tribunal do Júri. Sustenta, ainda, a absorção do crime de ocultação de cadáver pelo delito de homicídio.

Contrariando o recurso, o Ministério Público rebateu os argumentos expendidos pela douta defesa, pugnado pela manutenção da sentença monocrática (f. 283/284).

Remetidos os autos a esta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do apelo (f. 288/297).

Conheço do recurso porque presentes todos os pressupostos do juízo de admissibilidade.

O recorrente argüiu, em preliminar, a nulidade da sentença sob o argumento de que não foram devida e completamente examinadas as teses sustentadas pela defesa.

Sem razão o apelante, pois o Magistrado de primeiro grau, ao sentenciar o feito, estendeu-se no exame de todas as provas coligidas para os autos, dando as razões de seu convencimento para concluir pela procedência da pretensão punitiva do Estado com a conseqüente condenação do recorrente. Trata-se, portanto, de sentença perfeitamente ajustada à regra disposta no inciso III do art. 381 do CPP, mesmo porque não se exige do juiz que, ao sentenciar, ele o faça respondendo minudentemente a todas as questões de mérito deduzidas pelas partes, item por item.

Júlio Fabbrini Mirabete (em *Código de processo penal interpretado*. 11. ed. Atlas, p. 965), ao examinar essa matéria, assevera:

> Referindo-se à motivação ou fundamentação, determina o dispositivo que exponha o juiz o desenvolvimento de seu raciocínio para chegar à conclusão, ou seja, que forneça as razões de fato e de direito que o levam à decisão a fim de que as partes disponham de elementos para saber contra o que devem argumentar em eventual recurso. Embora fundado no 'livre convencimento', impõe-se que o juiz demonstre sua convicção mediante a análise da prova constante dos autos.

No presente caso, reafirmo, a Juíza sentenciante estendeu-se no exame de todos os elementos probatórios existentes nos autos e deu as razões de fato e de direito que a levavam a concluir pela condenação do apelante, não havendo nem mesmo que se falar que se trata de decisão concisa ou na qual o Magistrado tenha indicado apenas de forma sucinta os motivos de fato e de direito em que a mesma se fundava. Portanto, não ocorre a alegada nulidade da sentença.

Rejeito, assim, a preliminar.

Suscita, ainda, o apelante a nulidade do processo consubstanciada no fato de ter o i. Promotor de Justiça oferecido denúncia contra o réu, sem que o inquérito policial estivesse instruído com o exame de corpo delito da vítima.

Como se sabe, nas infrações que deixam vestígios, é indispensável o exame de corpo delito, direto ou indireto. A autoridade policial, tão logo tome conhecimento da infração, deverá determinar a sua realização. Na medida do possível, o exame deve ser feito antes da denúncia. Contudo, o laudo pode ser juntado a qualquer tempo, até a prolação da sentença. Desde que a materialidade esteja evidenciada por outros meios, a falta do exame de corpo delito não impede a propositura da ação penal.

Nesse sentido:

A não-realização do exame de corpo de delito anteriormente à denúncia não impede o seu recebimento. Ademais, se esse exame não mais puder ser feito diretamente, poderá sê-lo indiretamente, como admite o art. 167 do CPP (STF - *JSTF* 217/388).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 421

Em razão do exposto, rejeito a prefacial e passo ao exame do mérito.

Não há como ser admitida a pretensão recursal deduzida pelo apelante no sentido de ver desclassificada a infração de um crime de latrocínio para homicídio.

Na realidade, os fatos narrados na denúncia resultaram comprovados de modo incontestável.

A materialidade do delito está comprovada pelo auto de corpo delito de f. 63/80 e auto de exumação de f. 131/132.

A autoria, por sua vez, é induvidosa. O acusado, perante a autoridade policial, confessou, de forma livre e minuciosa, o crime (f. 39/41), na presença do seu advogado, Dr. Demóstenes da Silva Pereira, que assinou, juntamente com o indiciado, o termo de interrogatório.

A confissão extrajudicial do acusado está em perfeita consonância com elementos descritivos contidos no exame de corpo delito e no auto de exumação e com a prova testemunhal nos autos produzida, sobretudo os depoimentos da testemunha Rogério Francisco Borges, do seguinte teor:

> ... Que o declarante relata que o Lula comentou com o declarante que iria matar Chico, pois este último lhe devia certa quantia em dinheiro, tendo o declarante ido para uma folia quando no dia Lula passou atrás da pessoa de Chico, seguindo-o de moto e que disse ao declarante que iria matá-lo... (depoimento de f. 36/38, ratificado à f. 161).

A confissão também se harmoniza com o depoimento da testemunha Renato Celestino da Silva, que disse ter presenciado, no dia dos fatos, os veículos da vítima e do acusado passarem em frente ao estabelecimento em que trabalha, ocasião em que os reconheceu, esclarecendo que a vítima trafegava na sua motocicleta e que o acusado a seguia também na sua própria motocicleta. Nesse sentido, confira:

> ... que, no dia dos fatos 20.01.2006, viu quando por volta das 09:00 horas a pessoa de 'Chico de Manicó' passou em uma motocicleta YBR cor roxa, vindo da localidade de Limeira com destino a localidade de São Vicente; que, no mesmo dia por volta das 14:30 para 15:00 horas viu quando 'Chico de Manicó' estava voltando do povoado de São Vicente com destino ao povoado de Limeira já montado em uma motocicleta NX cor verde vendo também que este ao passar estava sendo seguido pela pessoa de 'Lula' (residente em São Vicente), cuja pessoa estava na YBR cor roxa que 'Chico' passou de manhã; que o declarante informa que ficou trabalhando naquele dia até por volta das 18 horas e que não viu mais a volta de 'Lula', nem na YBR de cor roxa nem na NX de cor verde... (depoimento de f. 16, ratificado à f. 189).

O depoimento de Maria Aparecida Ribeiro dos Santos, esposa da vítima, à f. 160, também corrobora o depoimento acima:

> ... que seu marido possuía uma moto Honda modelo NX 200, tendo o acusado ficado interessado em comprar; que seu marido lhe disse que havia feito negócio com o acusado, recebendo uma moto Yamaha YBR e R$ 2.000,00 de volta (...) que posteriormente foi descoberto pelo 'Chico' que havia oito prestações em atraso; que então seu marido foi procurar o 'Lula' na localidade de São Vicente, isto na sexta-feira, para receber o valor parcial ou total dependendo da negociação com o 'Lula'; que seu marido não voltou da Localidade de São Vicente...

É certo que em juízo (f. 90/91) o acusado se retratou, alegando que estava sendo ameaçado por Rogério Francisco Borges, acusado também de participação no crime, na modalidade de prestar auxílio material para a prática do latrocínio, consistente no empréstimo da arma, e que foi absolvido por falta de prova. Contudo, tenho que somente a ameaça do coréu, que nem sequer teria tomando parte diretamente nos fatos, por si só não justifica a confissão do réu em delito de tal gravidade, restando claro que ele falou a verdade quando depôs na delegacia.

É por demais sabido que, de acordo com a orientação predominante no STF, a confissão feita no inquérito policial, embora retratada em juízo, tem valia, desde que não elidida por quais-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 422

quer indícios ponderáveis, mas, ao contrário, perfeitamente ajustável aos fatos apurados nos autos.

> *Habeas corpus* - Confissão extrajudicial retratada em juízo. - Se a confissão se harmoniza com as demais provas colhidas em juízo (reconhecimento pela vítima, prisão em flagrante, antecedentes do réu), delas sendo divorciada a retratação, não há como admitir a argüida insuficiência de prova para a condenação. *HC* indeferido (STF - *HC* 54.855-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. em 03.12.1976, p. no *DJU* de 11.03.1977).

Outro não tem sido o entendimento esposado pelos diversos outros tribunais do País; se não vejamos:

> Prova criminal - Confissão extrajudicial - Validade, ainda que retratada em juízo - Recurso improvido. - A confissão de autoria vale não pelo lugar em que é prestada, mas pela força de convencimento que nela se contém. A retratação não é idônea a gerar desprezo da confissão extrajudicial quando esta é perfeitamente harmônica com a prova colhida na instrução, sob o crivo do contraditório (TJSP - Apelação 99.060-3 - Sumaré, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. em 04.03.1991).

No caso dos autos, entendo que a retratação não pode prevalecer, já que isolada e destoante do arcabouço probatório dos autos.

O álibi esboçado pelo réu não foi confirmado pelas testemunhas de defesa. Ademais, segundo relatado na denúncia, o crime ocorreu por volta de 15h, ao passo que o apelante alega que, no dia do evento, trabalhou como mototaxista depois das 17h30min.

Restou patente nos autos que a intenção do réu, ao matar a vítima, foi de natureza patrimonial, tanto que, logo após matá-la, ele optou por fugir com a moto do ofendido, esta de maior valor, subtraindo-lhe a motocicleta NX de cor verde.

Assim, devidamente comprovada a subtração de coisa alheia móvel mediante violência à pessoa, com resultado morte, correta se mostra a condenação lançada contra o recorrente pelo delito de latrocínio, razão por que não vejo como acolher o pleito defensivo desclassificatório.

A jurisprudência não discrepa desse entendimento:

> Inadmissível a desclassificação do crime de latrocínio para o de homicídio se resta indubitavelmente provada, inclusive por confissão do acusado, a subtração de dinheiro da vítima após seu enforcamento (TAMG - *RT* 607/364).

> Configura-se o crime de latrocínio se o réu mata a vítima com o fim deliberado e consciente de roubar (TJMG - *RT* 684/350).

Ademais, embora admitindo como verdadeira a declaração do réu de que não tinha a intenção de roubar a vítima, verifica-se que ele a matou e, em seguida, a despojou dos seus pertences, razão pela qual se configurou o crime de latrocínio.

> Para a configuração do latrocínio, é irrelevante o fato de não ser a lesão ao patrimônio o motivo inicial da conduta criminosa, porquanto se caracteriza perfeito o delito se o agente, após matar a vítima, apreende, para si, pertences desta (Apelação Criminal 107.677-1, Ituiutaba, Juiz Odilon Ferreira, 2ª Câmara Criminal, *RJTAMG*, v. 44/292).

> Latrocínio - Homicídio - Subtração posterior. - Para a caracterização do delito de latrocínio, é irrelevante que a subtração da *res* não seja o motivo inicial da ação violenta, bastando que o agente, após a prática do homicídio, se apodere dos pertences da vítima. No mesmo sentido Apelação Criminal 241811-3, 2ª Câmara Criminal, Rel. Juiz H. Immesi, 4.11.97 (TAMG - 2ª Câmara Criminal - APC 172.239-2 - j. em 08.02.1994).

Requer a defesa, por fim, seja reconhecida a absorção do crime de ocultação de cadáver pelo de homicídio.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso, o elemento subjetivo do crime de ocultação de cadáver é o dolo: "vontade consciente de praticar a ação que constitui a materialidade do delito, sendo irrelevante o fim pretendido pelo

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 423

agente" (*Lições de direito penal*. 8. ed., 1986, v. I, p. 586).

O fato de ter sido o crime praticado visando à ocultação do homicídio não exclui o delito de ocultação de cadáver. A propósito:

> A circunstância de a ocultação do cadáver ter sido praticada para esconder o homicídio não exclui o crime previsto no art. 211 do CP, dando-se, quando isso acontece, concurso de delitos (TJSC - *RT* 488/389).

> *Habeas corpus.* Homicídio qualificado praticado contra menor, com quatro anos de idade, e ocultação de cadáver. Alegações de atipicidade do crime de ocultação de cadáver. Falta de fundamentação da sentença de pronúncia e incompatibilidade entre qualificadoras e agravantes.
> 1. Retirar o cadáver do local onde deveria permanecer e conduzi-lo para outro em que não será normalmente reconhecido caracteriza, em tese, crime de ocultação de cadáver. A conduta visou evitar que o homicídio fosse descoberto e, de forma manifesta, destruir a prova do delito. Trata-se de crime permanente que subsiste até o instante em que o cadáver é descoberto, pois ocultar é esconder, e não simplesmente remover, sendo irrelevante o tempo em que o cadáver esteve escondido. Crime consumado que pode ser apenado em concurso com o de homicídio.
> 2. Sentença de pronúncia que atende às exigências mínimas do art. 408 do CPP e suficientemente fundamentada. A pronúncia, sentença processual que é, deve conter apenas sucinto juízo de probabilidade, pois, se for além, incidirá em excesso de fundamentação, o que pode prejudicar a defesa do paciente.
> 3. Os crimes imputados e as qualificadoras constam da denúncia e seus aditamentos. Na pronúncia o juiz não deve excluir as qualificadoras, salvo as manifestamente improcedentes, levando em conta que não é de rigor nem recomendável cuidar de circunstâncias agravantes ou atenuantes, que permanecerão no libelo crime acusatório a fim de serem submetidas ao soberano Tribunal do Júri.
> 4. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido (STF - *HC* 76678/RJ - Relator Min. Maurício Correa, *DJ* de 08.09.2000, p. 05, Ement. V-02003-03, p. 00434).

In casu, conforme assinalado no r. parecer, "a autonomia dos desígnios do acusado ficou bem patenteada no instante em que, após fugir do local do crime, ali voltou posteriormente para ocultar o cadáver, retirando-o de onde caiu morto, para escondê-lo em local de difícil visão para eventuais transeuntes".

A condenação do apelante foi, portanto, natural e resultante da análise pontual e correta das provas existentes nos autos à luz do princípio do contraditório e da razão lógica.

Acrescente-se que as penas privativas de liberdade aplicadas ao réu foram fixadas no seu mínimo legal, não comportando redução.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a v. sentença hostilizada.

Custas, pelo recorrente.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Antônio Armando dos Anjos e Sérgio Resende.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

HOMICÍDIO QUALIFICADO - TRIBUNAL DO JÚRI - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - VEREDICTO - SOBERANIA - CONCURSO DE PESSOAS - CO-AUTORIA - CARACTERIZAÇÃO - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - MOTIVO TORPE - MEIO CRUEL - SURPRESA - CRIME HEDIONDO - FIXAÇÃO DA PENA - REGIME INICIAL FECHADO - LEI MAIS BENÉFICA - APLICABILIDADE

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 424

Ementa: Júri. Homicídio qualificado. Decisão contrária à prova dos autos. Veredicto com apoio na prova. Co-réu. Participação demonstrada. Ajuste e colaboração. Prática de atos típicos. Desnecessidade. Qualificadoras. Apoio nos elementos de convicção. Regime prisional integralmente fechado. Inadmissibilidade. Vedação à progressão prisional excluída do ordenamento jurídico.

- Contrária à prova dos autos, somente pode ser considerada aquela decisão arbitrária, chocante e flagrantemente dissociada dos elementos de convicção reunidos no decorrer do inquérito, do processo e dos trabalhos em plenário, sendo certo e incontroverso que a decisão dos jurados que opta por uma das versões apresentadas, ainda que minoritária, não pode ser cassada, sob pena de afronta ao princípio da soberania do Júri, constitucionalmente assegurada.

- Basta à configuração da co-autoria a colaboração do agente para o evento, auxiliando a atuação dos executores diretos. De modo algum se exige, para tanto, hajam todos os partícipes consumado atos típicos de execução.

- Matar em razão de acerto de dívida relacionada com o tráfico de drogas é matar por torpeza, uma vez que o motivo exprime ignomínia e abjeção que a lei, com a qualificadora, incrimina.

- Se os acusados atraíram a vítima, dando falsas mostras de amizade e ocultando a intenção hostil, fica caracterizada a qualificadora da dissimulação, que é justamente a ocultação da intenção hostil, para acometer a vítima de surpresa. O criminoso age com falsas mostras de amizade, ou de tal modo que a vítima, iludida, não tenha motivo para desconfiar do ataque e é apanhada de surpresa.

- Se a crueldade com que agiram os réus, que mataram a vítima com inúmeros disparos de arma de fogo, foi reconhecida pelos próprios legistas que realizaram a sua autópsia, autorizados estavam os jurados a votar favoravelmente à qualificadora respectiva.

- A pena imposta não comporta modificação se, na sua fixação, não houve erro técnico e tampouco injustiça.

- A Lei 8.072/90 se fez recentemente alterada pela Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que, dentre outras modificações, determinou que a pena imposta por crimes hediondos seja inicialmente cumprida no regime fechado.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0362.02.018142-0/002 - Comarca de João Monlevade - Apelantes: 1°) Misael Ramos Guerra, 2°) Gilciley Carlos dos Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 24 de maio de 2007. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires - Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 425

Como se sabe, contrária à prova dos autos, somente pode ser considerada aquela decisão arbitrária, chocante e flagrantemente dissociada dos elementos de convicção reunidos no decorrer do inquérito, do processo e dos trabalhos em plenário, sendo certo e incontroverso que a decisão dos jurados, que opta por uma das versões apresentadas, ainda que minoritária, não pode ser cassada, sob pena de afronta ao princípio da soberania do Júri, constitucionalmente assegurada.

Como ensina o sempre acatado Mirabete:

> Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autoriza a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão (*Código de Processo Penal interpretado*. 5. ed. p. 751).

No caso em julgamento, a decisão popular, a toda evidência, não afrontou o conjunto probatório existente.

Segundo consta dos autos, os apelantes, em razão de a vítima "Baleinha" não quitar uma dívida que tinha com eles, relativa a acerto relacionado com o tráfico de drogas, e por ter agido de maneira desrespeitosa com a mulher do co-réu Marcelo Ferreira da Silva, que faleceu no curso do processo, além de tratá-los com certo desprezo, ceifaram sua vida.

No dia dos fatos, sabedores de que o ofendido, na companhia de um amigo conhecido como "Negão", estava no bairro, a pretexto de convidá-lo para subtraírem uma arma de maior poder de fogo, atraíram-no e ao colega até um local ermo, situado no Bairro Tanquinho, onde, após rendê-lo, contra ele desferiram vários disparos de arma de fogo, não conseguindo matar "Negão" porque este fugiu, apesar de ser perseguido por Misael.

Embora Misael tenha negado qualquer envolvimento nos fatos, o certo é que existem evidências claras de que ele, muito embora não praticando atos de execução propriamente ditos, teve, sim, participação na prática do homicídio.

A certeza a tal respeito emerge, principalmente, das declarações prestadas na fase inquisitorial pelos co-réus Gilciley e Marcelo, que demonstram que aquele apelante foi até o local dos fatos com os comparsas, sabendo que a vítima seria morta, e apenas não atirou contra ela porque saiu em perseguição ao seu colega, Negão. Vejamos:

> ... que Misael não chegou a dar nenhum tiro em 'Baleinha', mas se precisasse dava; que Misael tentou alcançar os outros dois que acompanhavam 'Baleinha', também estava armado, mas não os alcançou... (f. 24 - declaração de Gilciley).
>
> Que diante daquela situação, o 'Zoio' enquadrou o 'Baleinha', metendo o revólver calibre 32 na cara dele, o desarmando, oportunidade em que 'Negão' saiu correndo do local sendo perseguido pelo Misael, o qual sabia de antemão que a arma de 'Negão' não tinha munição (f. 34 - declaração de Marcelo).

Pelo teor do depoimento da testemunha Cléria da Silva, na casa de quem os acusados se escondiam, também se constata que Misael teve participação nos fatos (f. 41/43).

E, segundo revelou o policial civil Edson Dias Jardim, os co-réus afirmaram que Misael apenas não atirou contra a vítima porque perseguia o outro elemento ("Negão"), que a acompanhava (f. 207).

Portanto, existem elementos suficientes para se concluir no sentido da participação de Misael, que combinou com os comparsas o assassinato da vítima (ajuste), além de haver prestado efetiva colaboração, ajudando a atraí-la para o lugar onde foi praticado o homicídio, tendo, ainda, perseguido o seu colega Negão.

É sabido que:

> basta à configuração da co-autoria a colaboração do agente para o evento, auxiliando a atuação dos executores diretos. De modo algum se exige, para tanto, hajam todos os

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 426

> partícipes consumado atos típicos de execução (*RT* 664/265).

Por outro lado, o reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e da dissimulação também se mostrou acertado, pois o primeiro apelante, pelo que se viu, tinha plena consciência do falso pretexto utilizado para atrair a vítima, bem como dos motivos de seu assassinato, aos quais anuiu.

Quanto ao apelante Gilciley, que ataca a decisão popular apenas no que tange às qualificadoras, é de se observar que ele próprio deixa claro em suas declarações que "Baleinha" tinha para com ele, Misael, e "Tê" (Marcelo) uma "dívida de três mil reais em dinheiro de venda de drogas e ficava enrolando para efetivar o pagamento", dívida essa da qual "abateu R$ 500,00 (quinhentos reais), ficando devendo o restante e enrolando para pagar o restante" (f. 20/25).

Ora, matar em razão de acerto de dívida relacionada com o tráfico de drogas é matar por torpeza, uma vez que o motivo exprime ignomínia e abjeção que a lei, com a qualificadora, incrimina.

Por outro lado, os acusados atraíram a vítima, dando falsas mostras de amizade e ocultando a intenção hostil, como esclareceu o réu Marcelo nas declarações prestadas na fase inquisitorial. São suas as palavras:

> ... dia 23 de agosto, na parte da tarde, fingindo que estava tudo bem, reuniu-se com seus colegas e encontraram com 'Negão' e 'Baleinha' no Bairro 1º de Maio e, para despistar, o 'Coelho' chamou estes dois para roubar uma arma mais pesada, dizendo que iriam até o Tanquinho para pegá-la (f. 34).

Ora, dissimulação é justamente a ocultação da intenção hostil, com o objetivo de acometer a vítima de surpresa. O criminoso age com falsas mostras de amizade, ou de tal modo que a vítima, iludida, não tem motivo para desconfiar do ataque e é apanhada de surpresa, como ocorreu na espécie.

A crueldade com que agiram os réus, que mataram a vítima com inúmeros disparos de arma de fogo, foi reconhecida pelos próprios legistas que realizaram sua autópsia, conforme se verifica do relatório de necropsia de f. 51/55, o que, seguramente, autorizava os jurados a votar favoravelmente ao reconhecimento da qualificadora respectiva.

No que tange à pena imposta, esta não comporta modificação, pois, na sua fixação, não houve erro técnico e tampouco injustiça.

Com efeito, ao estabelecer a pena-base de Gilciley em 18 anos de reclusão, o MM. Juiz se mostrou atento e criterioso no exame das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

Além de ser tal apelante possuidor de péssimos antecedentes e de personalidade voltada para o crime, o homicídio por ele praticado foi triplamente qualificado, o que levou o Juiz a considerar, na fixação da básica, as duas qualificadoras excedentes.

Se algum reparo merece a sentença, diz respeito apenas ao regime prisional, estabelecido como sendo o integralmente fechado.

Como é de conhecimento geral, a Lei 8.072/90 se fez recentemente alterada pela Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que, dentre outras modificações, determinou que a pena pela prática dos crimes hediondos seja inicialmente cumprida no regime fechado.

Como se trata de lei penal mais benéfica, deve retroagir para beneficiar o réu, nos termos do art. 2º do Código Penal e do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal vigente.

Pelo exposto, dou parcial provimento aos recursos dos réus, apenas para alterar o regime prisional estabelecido na sentença para inicialmente fechado.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Reynaldo Ximenes Carneiro e Herculano Rodrigues.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 427

APROPRIAÇÃO INDÉBITA - CAUSA DE AUMENTO DE PENA - CONTADOR - CONDENAÇÃO - FALSIFICAÇÃO DE PAPEL PÚBLICO - FALSIFICAÇÃO DE SELO PÚBLICO - CRIME-MEIO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - CRIME CONTINUADO - NÃO-CONFIGURAÇÃO - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - PROVA - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - ABSOLVIÇÃO

Ementa: Apelação criminal. Apropriação indébita. Recurso ministerial pela condenação nos delitos de falsificação de papéis públicos e de documento público e pela aplicação da continuidade delitiva. Impossibilidade. Falsificação que possibilita a apropriação. Devida aplicação do princípio da concussão. A falta de perícia em documento falsificado não pode ser suprida pela confissão. Recurso desprovido.

- A falsificação de papéis públicos ou de selo ou sinal público só pode ser considerada como delito autônomo quando não utilizada para manter a vítima em erro e prolongar a apropriação indébita.

- A apresentação de papéis com autenticação falsa, que mantém a vítima em erro e faz com que ela continue dando dinheiro que é apropriado indevidamente, é crime-meio, devendo ocorrer o princípio da concussão.

- A configuração do delito de crime de documento público exige perícia para a verificação da potencialidade lesiva do documento.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.98.148420-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Leovander de Andrade - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2007. - *Sérgio Resende* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Sérgio Resende - Pela sentença de f. 200/204, o MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou o réu Leovander de Andrade, qualificado nos autos, como incurso nas sanções dos art. 168, § 1º, III, do Código Penal, impondo-lhe a pena de quatro anos de reclusão, em regime semi-aberto, e o pagamento de oitenta dias-multa.

Irresignada, a il. representante do Ministério Público interpõe o presente recurso, pugnando pela condenação do recorrido pela prática dos crimes dispostos nos arts. 297 e 293, I, do Código Penal e pela aplicação da continuidade delitiva.

Contra-razões às f. 228/230, pela manutenção do decreto condenatório.

Opina a d. Procuradoria de Justiça, em parecer lançado às f. 235/239, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso de apelação, para reconhecer como aplicáveis à espécie os crimes dos arts. 293, I, e 297 do CP, e, rechaçando o pleito de continuidade delitiva.

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Narra a denúncia que, no período compreendido entre 1993 e janeiro de 1997, o recorrido, atuando como contador da empresa

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 428

HB Comercial Ltda., apropriou-se do dinheiro recolhido para o pagamento de tributos, falsificou a autenticação mecânica aposta nos documentos de arrecadação estadual - DAES, com o objetivo de demonstrar à proprietária da empresa, Marta Margarida Flister Borges, o cumprimento regular das obrigações tributárias, falsificando, ainda, blocos de notas fiscais.

Diante dos fatos descritos, o Promotor de Justiça requereu a condenação do apelado nos crimes de apropriação indébita, falsificação de selo ou sinal público e falsificação de documento público.

O d. Magistrado, entretanto, reconheceu apenas a prática do delito do art. 168, § 1º, III, e quanto aos demais delitos imputados afirmou:

> A falsificação das autenticações mecânicas dos Documentos de Arrecadação Estadual - DAE serviu, contudo, como meio necessário para a prática da conduta-fim, qual seja da apropriação indébita. Sem a falsificação, ele não lograria êxito na empreitada, uma vez que a vítima descobriria a farsa. Assim, com fulcro no art. 296 do CP, deve ser absorvido.

Quanto ao delito do art. 297 do CP a ele imputado, nada se provou. Apesar da confissão do réu, não existem sequer nos autos as notas fiscais objeto da falsificação. Por via de conseqüência, inexiste o exame pericial necessário à comprovação da falsidade. Dessa forma, a sua confissão isolada de provas outras é insuficiente a lhe ensejar uma condenação pelo delito anotado.

Em que pesem os brilhantes argumentos expendidos pelos membros do *Parquet*, a razão encontra-se com o Juiz.

Compulsando os autos, verifica-se que o apelado não conseguiria apropriar-se do dinheiro da vítima caso não apresentasse documentos com a falsa quitação. A certeza que gerava na vítima com essas autenticações fazia com que ela desse a ele mais dinheiro a cada mês; logo, pode-se concluir que a falsificação era meio para obter a vantagem ilícita mediante o prejuízo alheio.

No que tange o delito do art. 297 do Código Penal, tão-somente a confissão não é capaz de gerar uma condenação, já que essencial se faz a perícia dos documentos e a verificação da potencialidade lesiva do documento falsificado, já que a falsificação grosseira não é apta para ludibriar terceiros e não gera a configuração do delito. Em não ocorrendo tal perícia, bem fez o Juiz ao afastar a imputação deste crime.

Por fim, não há que se falar em continuidade delitiva, uma vez que se verificou a ocorrência, tão-somente, do delito de apropriação indébita; e o fato de esta ter-se prolongado no tempo foi levado em conta no grau de culpabilidade do apelado, sendo fundamento para afastar sua pena do mínimo legal.

Isso posto, nega-se provimento ao apelo ministerial.

Custas, como de lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Jane Silva e Antônio Carlos Cruvinel.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL - ESTELIONATO - SUJEITO PASSIVO - EMPRESA PÚBLICA FEDERAL - ECT - JUSTIÇA FEDERAL - NULIDADE

Ementa: Apelação criminal. Estelionato. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Empresa pública federal. Patrimônio da União violado. Competência da Justiça Federal. Nulidade da ação penal.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 429

- Tratando-se de estelionato perpetrado contra agência da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, entende-se que a competência para o processamento da ação penal é da Justiça Federal, por violação do patrimônio da União. Art. 109, IV, da CR/88.

- Processando-se o feito na Justiça Estadual, há nulidade absoluta, que pode ser declarada a qualquer momento e de ofício. Inteligência do art. 564, I, do CPP.

Preliminar acolhida e ação penal declarada nula.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0073.04.015289-1/001 - Comarca de Bocaiúva - Apelantes: 1º) Luiz Paulo de Oliveira, 2ª) Roseli da Silva Efraim, 3º) Alexander de Matos Efraim - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM ACOLHER PRELIMINAR PARA DECLARAR A NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA DENÚNCIA, INCLUSIVE, E DECLINAR DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL.

Belo Horizonte, 6 de junho de 2007. - *Ediwal José de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação, pela 2ª apelante, o advogado Ivanilton Robson Honório.

O Sr. Des. Ediwal José de Morais - Peço vista.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo 3º apelante, o advogado Jackson Ferraz Costa.

O Sr. Des. Ediwal José de Morais - Por denúncia recebida em 05.07.2004 (f. 120), iniciou-se processo contra Alexander de Mattos Efraim, Luiz Paulo de Oliveira, José Maria de Oliveira Souza e Roseli da Silva Efraim, pois, em unidade de desígnios, passaram a usar o autor com menos instrução para abrir contas correntes em bancos e, de posse do talonário de cheques, efetuaram compras em diversos estabelecimentos, pagando com cheques sem provisão de fundos.

Consta da denúncia que, em 27 de agosto de 2003, chegou à Empresa de Correios e Telégrafos de Bocaiúva uma encomenda para o 1º denunciado, mas endereçada ao denunciado José Maria, cujo valor era de R$ 684,58, que foi paga com um cheque sem provisão de fundos.

Na denúncia, também foi narrado que:

> ... a 4ª denunciada tinha pleno conhecimento das condutas ilícitas do 1º acusado, seu marido, bem como dos demais, que eram freqüentes à sua residência, estando provado que sua omissão não decorre da impossibilidade moral de a eles se opor, uma vez que deles se beneficia, tudo fazendo para ocultar os fatos criminosos, impedindo a identificação dos demais agentes e mentindo sobre fatos relevantes para a sua elucidação...

Os três primeiros denunciados foram acusados de estelionato por meio de fraude mediante pagamento através de cheque e formação de quadrilha, e a 4ª denunciada por favorecimento real.

Recebida a denúncia, processou-se o feito, no decorrer do qual os autos foram desmembrados com relação ao acusado José Maria, prosseguindo nestes a ação penal contra os demais.

Os réus foram absolvidos da imputação de formação de quadrilha.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 430

Alexander de Mattos Efraim foi condenado, por estelionato, a 02 anos e 06 meses de reclusão, regime inicial aberto, e 20 dias-multa, à razão de 2/30 do salário mínimo.

Luiz Paulo foi condenado, por estelionato, a 01 ano de reclusão, regime inicial aberto, e 10 dias-multa, à razão de 2/30 do salário mínimo, substituída a reprimenda corporal por uma restritiva de direitos: prestação pecuniária em favor da vítima.

Roseli foi condenada, por favorecimento real, a 01 mês de detenção, regime inicial aberto, e 10 dias-multa, à razão de 2/30 do salário mínimo, substituída a reprimenda corporal por uma restritiva de direitos: prestação pecuniária de 01 salário mínimo em favor da vítima.

Luiz Paulo apelou, razões às f. 424/427, alegando, em síntese, serem insuficientes as provas para a sua condenação; que não foi realizada prova pericial, nem auto de reconhecimento.

Roseli apelou, razões às f. 413/420, argüindo preliminar de nulidade, por incompetência absoluta da Justiça Estadual. Ainda em preliminares, alegou que teria direito à suspensão condicional do processo. No mérito, alegou que nunca praticou o crime a ela atribuído; que o § 2º do art. 348 do CPB a isenta de pena, daí a acusação tê-la denunciado pela prática do delito típico do art. 349; que ela trabalha o dia inteiro e não tem tempo para conhecer os amigos do seu marido, freqüentadores da residência do casal.

Alexander apelou, razões às f. 431/440, argüindo a incompetência da Justiça Estadual para o feito. No mérito, alegou que nada restou demonstrado contra ele; que os cheques foram emitidos por terceira pessoa; que, *ad argumentandum*, a pena foi fixada de forma exacerbada; que o apelante preenche os requisitos do art. 44 do CPB; que ele é primário.

Pelo fato de terem sido argüidas preliminares pelos 2º e 3º apelantes, necessária se mostra a inversão da ordem de julgamento.

Segunda apelação, da ré Roseli da Silva Efraim.

Preliminar: argüição de incompetência da Justiça Estadual:

Argumenta a apelante que a vítima teria sido a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, razão pela qual a competência seria da Justiça Federal.

Compulsando os autos, constata-se que o estelionato apurado neste feito foi perpetrado em desfavor de agência dos Correios (ECT), tratando-se de unidade integrante dos quadros da empresa estatal e que pertence, portanto, à administração pública indireta.

Referido entendimento é comprovado pelo título de crédito nominal à ECT, acostado à f. 11, não havendo dúvidas quanto à natureza jurídica da agência violada.

Denota-se dos autos, sem nenhuma hesitação, que quem sofreu o prejuízo com a devolução do cheque foram os Correios, tendo a apelante, na qualidade de funcionária da agência, apenas feito o ressarcimento do valor, o que é natural, considerando que ela teria desobedecido a ordens superiores relativas ao recebimento de cheques pela instituição, sem adentrar o mérito do cometimento ou não do crime de favorecimento real.

Isso porque, conforme bem mencionado pelo ilustre defensor em suas razões de apelação e em sustentação oral, o título de crédito de f. 11 foi emitido de forma nominal à ECT, destinado a pagamento de serviços de Sedex, tendo sido depositado na conta corrente da própria ECT.

Portanto, o fato de a funcionária ter ressarcido o prejuízo não modifica a situação de vítima da ECT, visto que, ainda que não tivesse ficado com ele (prejuízo), o experimentou por algum período, mesmo breve.

Vê-se, então, que o crime foi praticado contra "entidade dotada de personalidade jurídi-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 431

ca de direito privado, com patrimônio próprio e exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito" (PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito processual penal*. 3. ed. Niterói: Editora Impetus, p. 512), ou, na síntese legal, em detrimento de bens da União (CR/88, art. 109, IV).

Havendo Justiça especializada para o caso, com sede jurisdicional constitucional, entende-se que a competência é absoluta, não se cogitando de eventual prorrogação para o juízo estadual.

Com efeito, o problema pode ser reconhecido a qualquer tempo, admitindo-se inclusive pedido revisional pela violação de texto expresso em lei (CPP - art. 621, I).

Sobre o tema, destacamos:

> O julgamento por juiz ou tribunal incompetente constitui, por questão de ordem pública, nulidade absoluta, insanável pelo silêncio ou concordância das partes e proclamável, mesmo *ex officio*, ainda quando não haja prova de prejuízo (TACRIM-SP - Rel. Des. Francis Davis - *JUTACRIM*-SP 21/35).

Não há dúvidas de que a competência para exame do pleito é da Justiça Federal, pois a ECT é empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações (Decreto-lei nº 509/69, art. 1º).

Dessa forma, verifica-se que o processo se desenvolveu perante juízo absolutamente incompetente, o que determina a nulidade do feito, conforme art. 564, I, do CPP.

Com esses fundamentos, acolho a preliminar para declarar a nulidade do processo a partir da denúncia (f. 120), inclusive, pois a ação penal não poderia ser instaurada na jurisdição estadual.

Remeter os autos à Justiça Federal.

Custas, *ex lege.*

O Sr. Des. William Silvestrini - De acordo.

O Sr. Des. Walter Pinto da Rocha - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR PARA DECLARAR A NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA DENÚNCIA, INCLUSIVE, E DECLINARAM DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL.

-:::-

ESTELIONATO - TELEFONE CELULAR - HABILITAÇÃO - USO DE DOCUMENTO ALHEIO - CPF - FRAUDE - SUJEITO PASSIVO - COMPANHIA TELEFÔNICA - VANTAGEM ILÍCITA - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - PENA DE MULTA - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - ANTECEDENTES CRIMINAIS - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - VOTO VENCIDO

Ementa: Apelação. Estelionato. Absolvição. Impossibilidade. Conduta ilícita do réu demonstrada nos autos. Redução da pena de multa. Imperatividade. Concessão de substituição de pena. Inadmissibilidade. Insuficiência da medida descarcerizadora.

- Impossível acolher o pleito absolutório, se restou devidamente delineada nos autos a conduta ilícita do réu, que ludibriou uma operadora de telefonia ao lhe apresentar documento de CPF que não lhe pertencia para habilitar seu celular, obtendo vantagem ilícita em detrimento da mesma, que liberou para ele o uso da linha de telefone, sem, no entanto, receber a respectiva contraprestação pelo serviço.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 432

- É de se reduzir a pena de multa, se constatado que foi fixada com exacerbação, sendo cediço que deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

- Incabível a concessão do benefício da substituição de pena, se verificado que o apelante ostenta certidão cartorária com vários registros de crimes patrimoniais, o que demonstra que a medida descarcerizadora não se mostra socialmente recomendável, sendo insuficiente para fins de prevenção especial.

- V.v.p.: - Apelação. Estelionato. Substituição da pena corporal. Possibilidade. - É cabível na espécie a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, uma vez que merece pequeno reparo a pena corporal aplicada. (Des. Pedro Vergara)

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0209.02.019480-6/001 - Comarca de Curvelo - Apelante: Willian Geraldo Araújo da Cruz - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. VIEIRA DE BRITO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR VOGAL.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2007. - *Vieira de Brito* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Vieira de Brito - Willian Geraldo Araújo da Cruz (vulgo "Surubim") foi denunciado como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal brasileiro.

Narra a denúncia (f. 02/03) que o acusado supramencionado obteve para si vantagem ilícita, induzindo a vítima Odilon Luiz de Oliveira a erro, mediante meio fraudulento. Segundo a exordial, no mês de novembro de 1999, o denunciado procurou a vítima e, alegando que iria cadastrar um aparelho de telefone celular, pediu à mesma que lhe emprestasse seu CPF para viabilizar sua pretensão. Sustenta que, de posse do documento da vítima, o réu habilitou junto à Telemig Celular S.A. a linha (38) 9897-2835, em nome da vítima, apresentando como endereço de cobrança a Rua Riachuelo, nº 189, Centro, na Comarca de Curvelo/MG. Segue narrando que, além de utilizar a linha durante quatro meses, o acusado não efetuou os pagamentos referentes às contas, o que fez com que o nome da vítima fosse incluído no SPC, passando essa a ter restrições ao crédito, não podendo adquirir produtos a prazo. Relata que o denunciado prometeu resolver a situação, contudo, até a data da denúncia, não o fez.

Processado, foi o réu Willian Geraldo Araújo da Cruz condenado como incurso no art. 171, *caput*, do CPB, sendo-lhe imposta pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 54 (cinqüenta e quatro) dias-multa, fixado o regime prisional aberto. Por ocasião da sentença (f. 82/84), a douta Magistrada *a qua* negou ao réu os benefícios da substituição de pena e do *sursis* por não preencher os requisitos subjetivos previstos em lei.

Inconformada, apela a defesa (f. 92/98), argüindo, preliminarmente, a prescrição da pretensão punitiva do Estado. No mérito, pleiteia a absolvição do sentenciado ao argumento de que não há provas suficientes para embasar uma condenação. Subsidiariamente, pugna pela concessão da benesse da substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos.

Contra-razões apresentadas às f. 99/104, em que combatendo as alegações defensivas, pugna o Órgão Ministerial pelo afastamento da

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 433

preliminar eriçada e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, pronunciou-se a douta Procuradoria de Justiça, opinando pelo afastamento da preliminar argüida pela defesa e pelo improvimento do apelo (f. 108/110).

Em síntese, é o relatório.

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Ab initio, cumpre enfrentar a preliminar argüida pela defesa referente à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Examinando os autos, não vejo como acolher a referida prefacial, uma vez que não transcorreu entre os marcos interruptivos previstos no art. 117 do CPB o lapso prescricional determinado pela pena fixada *in concreto*.

Com efeito, o apelante foi condenado à reprimenda de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, que, nos termos do art. 109, V, do CPB, prescreve em 4 (quatro) anos.

Ocorre que o fato delituoso se deu em novembro de 1999, sendo a denúncia recebida em 30.10.2003 (f. 32) e a sentença condenatória publicada no dia 26.05.2006 (f. 85). Logo, percebe-se que entre tais marcos interruptivos não transcorreu o lapso prescricional de 4 (quatro) anos, inviabilizando o reconhecimento da alegada causa extintiva de punibilidade.

Com tais fundamentos, afasto a preliminar eriçada pela defesa.

O Sr. Des. Hélcio Valentim - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Vergara - Ab initio, colocome de acordo com o eminente Desembargador Relator, que rejeitou a preliminar de prescrição suscitada pela defesa.

O Sr. Des. Vieira de Brito - Não tendo sido argüidas outras prefaciais, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

Não obstante o esforço da aguerrida defesa, tenho que não há como prosperar o pleito absolutório, uma vez que restou devidamente delineada a conduta ilícita do réu, que, mediante ardil, logrou obter vantagem ilícita em prejuízo de outrem.

Comungo do entendimento da douta Juíza *a qua* de que o estelionato foi praticado não contra a vítima Odilon, mas sim em face da empresa de telefonia, onde o réu habilitou o seu aparelho celular.

Vejamos os depoimentos de Odilon na fase inquisitorial e em juízo:

> ... que, em data de que não se recorda, mas que já possui cerca de dois anos o Willian disse ao declarante que possuía um telefone celular e ia colocar o aparelho no nome do declarante e para que isso ocorresse teria de usar o CPF do declarante; que assim sendo o declarante emprestou ao Surubin o seu CPF; que, após cadastrar o aparelho com o CPF do declarante, o Surubin devolveu o documento; (...) que Willian não pagou as prestações do telefone e dessa forma o CPF do declarante foi cadastrado no Serviço de Proteção ao Crédito - SPC; que recentemente o declarante foi comprar um som a prestação e aí descobriu que não poderia ter crédito devido ao golpe aplicado por Willian... (f. 08/09).
>
> ... que o réu foi seu inquilino por três ou quatro meses; que Willian contou uma estória para o declarante que a mãe de seu filho ia ajuizar uma ação para receber pensão e ia tirar tudo dele e por isso ele queria passar o telefone celular dele para o nome do declarante; que o declarante emprestou o seu CPF para Willian; que não imaginava que Willian ia deixar de pagar as contas; que foi o declarante quem acabou pagando a dívida; que o nome do declarante foi inscrito no SPC... (f. 62).

Como se vê, o acusado, em momento algum, ludibriou o ofendido para que este fornecesse o seu CPF, ainda que tenha dado uma justificativa que talvez não condissesse com a verdade. Ele não usou qualquer artifício para obter o documento da vítima, a qual o forneceu ciente de que seria usado pelo réu para habilitar o celular.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 434

Com efeito, a própria vítima disse ter "emprestado" o CPF para que o apelante habilitasse o aparelho no nome dela, tendo, assim, a meu ver, assumido o risco por eventual inadimplemento das contas do telefone.

Aliás, outra não pode ser a conclusão, já que é de se estranhar que o ofendido que, ao que parece, conhecia o recorrente há apenas quatro meses em razão de ele ser seu inquilino, permitisse que o mesmo se valesse de seu documento pessoal para habilitar um aparelho celular numa operadora de telefonia. Isso porque tal prática supõe extrema confiança entre as partes, e não mera relação entre conhecidos.

Houve, em verdade, um acordo verbal entre vítima e réu no sentido de que este habilitasse o seu aparelho no nome daquela, ficando ele encarregado do pagamento das respectivas contas por ser o efetivo usuário do serviço de telefonia móvel.

Dessarte, entendo que o ofendido não foi enganado, nem induzido a erro, simplesmente anuiu à proposta do réu, assumindo o risco de que aquele não arcasse com as contas do celular ou o vendesse para terceiro e este se tornasse inadimplente, o que, de fato, acabou ocorrendo.

Assim, embora a vítima tenha sofrido prejuízo com a conduta do acusado de não ter pagado as contas do telefone e ainda de ter repassado o aparelho para terceiro que também se manteve inadimplente, considero que ela não foi vítima de estelionato, mas sim da própria displicência.

A responsabilização criminal que deve recair sobre o apelante advém somente da ação que ele praticou contra a empresa de telefonia, que achou que estava contratando com uma pessoa, quando na verdade contratava com outra.

E, nesse ponto, faz-se mister ressaltar que ficou claro que o réu induziu em erro a operadora de telefonia, auferindo vantagem ilícita na medida em que utilizou documento alheio para habilitar o seu celular e não pagou as contas referentes ao uso que fez do aparelho e, ainda, vendeu tal bem para terceiro que também se manteve inadimplente, fazendo com que a empresa sofresse prejuízo patrimonial.

É evidente, pois, que o acusado agiu com a vontade livre e consciente de ludibriar o estabelecimento-vítima, fazendo-o através do uso de documento que não lhe pertencia, obtendo vantagem indevida em detrimento da operadora de telefonia, que, achando que estava contratando com a pessoa que lhe forneceu o CPF, liberou para ele o uso da linha de telefone, sem, no entanto, receber a respectiva contraprestação pelo serviço.

Logo, não há que se falar em insuficiência de provas, afigurando-se a sentença em plena consonância com o acervo probatório produzido nos autos, estando a merecer pequeno ajuste somente no que tange à necessidade de redução da pena de multa aplicada ao réu.

Assim entendo, porquanto a referida penalidade restou concretizada em patamar excessivo - 54 (cinqüenta e quatro) dias-multa - sendo cediço que ela deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

Firme nesse entendimento e valendo-me dos mesmos critérios utilizados para dosar a reprimenda corporal, fixo a pena de multa, na primeira fase de dosimetria, em 15 (quinze) dias-multa, reduzindo-a, em seguida, em 3 (três) dias-multa pela atenuante da confissão espontânea reconhecida na sentença, tornando-a definitiva em 12 (doze) dias-multa, no patamar unitário mínimo, diante da ausência de outras causas que pudessem modificá-la.

Finalmente, quanto ao pedido de concessão do benefício da substituição de pena, tenho que não merece acolhida, uma vez que o recorrente ostenta certidão cartorária com vários registros de crimes patrimoniais, notadamente por delitos de estelionato (CAC - f. 70/71), o que demonstra que a medida descarcerizadora não se mostra socialmente recomendável, sendo insuficiente para fins de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 435

prevenção especial. Pelos mesmos motivos, o acusado não faz jus à benesse do *sursis*.

Mediante tais considerações, rejeito a preliminar argüida pela defesa e dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena de multa aplicada ao apelante Willian Geraldo Araújo da Cruz para 12 (doze) dias-multa, no patamar unitário mínimo, mantida, no mais, a r. sentença singular.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Hélcio Valentim - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Vergara - De igual forma, adiro ao voto de S. Ex.ª no que diz respeito ao afastamento do pedido absolutório, porquanto o conjunto probatório se mostra apto a embasar o decreto condenatório.

Todavia, no que concerne ao pedido de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, rendendo vênia ao i. Desembargador Relator, ouso divergir do seu judicioso voto, porquanto entendo que cabível na espécie, uma vez que merece pequeno reparo a pena corporal aplicada.

Assim, atento ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum* e por não vislumbrar razões que justifiquem a fixação da pena-base em proporções muito distantes do mínimo legal, passo a reaplicar-lhe a pena.

Na primeira fase, atendendo à culpabilidade normal do apelante, aos seus antecedentes, que não podem ser considerados desfavoráveis em face da certidão de f. 70/71, à sua conduta social, que não foi apurada, à sua personalidade, sem registro nos autos, bem como aos motivos e circunstâncias inerentes à infração, às conseqüências, totalmente desfavoráveis, uma vez que causou prejuízos à vítima e, finalmente, ao comportamento da vítima que não concorreu para o delito, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e em pagamento de 15 (quinze) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, atualizando-se na forma da lei.

Na segunda fase, inexistem agravantes, mas, presente a circunstância atenuante da *spontanea confessio*, reduzo a pena-base em 06 (seis) meses e 05 (cinco) dias-multa, fixando-a em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, tornando-a provisória nesse patamar.

A final, na terceira fase, inexistindo causas de diminuição e aumento de pena, fica essa definitivamente fixada em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, atualizando-se na forma da lei.

Fixo, outrossim, o regime aberto para o cumprimento da pena, conforme disposição do art. 33, § 2º, alínea *c*, do Código Penal.

Dessa forma, considerando que o recorrente não é reincidente, condenado a pena inferior a quatro anos, em delito praticado sem violência ou grave ameaça à vítima, sendo-lhe favoráveis a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime, entendo pertinente a substituição da pena corporal, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Por essas razões e considerando que foi a pena corporal fixada em 01 (um) ano, substituo a pena corporal fixada por uma restritiva de direitos, consistente no pagamento de 01 (um) salário mínimo destinado à vítima Odilon Luiz de Oliveira, nos termos do art. 45, §1º, do Código Penal, que define que a pena de prestação pecuniária deverá, primeiramente, ser destinada à vítima e a seus dependentes ou a entidade pública ou privativa com destinação social.

Assim, rendendo vênia ao e. Desembargador Relator, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena-base fixada, tornando-a definitiva em 01 (um) ano de reclusão e em 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, substituindo-a por uma pena restritiva de direito, consistente no pagamento de 01 (um) salário mínimo destinado à vítima Odilon Luiz de Oliveira, nos termos do art. 45, §1º, do Código Penal.

Custas, *ex lege*.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 436

É como voto.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR VOGAL.

-:::-

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - ICMS - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - FRAUDE À FISCALIZAÇÃO - SAÍDA DE MERCADORIA - NOTA FISCAL - REDUÇÃO E SUPRESSÃO DE TRIBUTO - PESSOA JURÍDICA - GERENTE - CONDENAÇÃO - CRIME CONTINUADO - MINISTÉRIO PÚBLICO - ÔNUS DA PROVA

Ementa: Crime contra a ordem tributária. ICMS. Imposto não cumulativo. Apropriação indevida de créditos ilegítimos. Irregularidade de informações ao erário sobre recolhimento de impostos. Redução do tributo. Ausência de informações da exordial sobre circunstâncias que caracterizariam o crime continuado. Sentença condenatória mantida. Recursos desprovidos.

- Comprovada a existência de informações errôneas de ICMS nos referidos DAPIs, apropriação indevida de créditos ilegítimos com o fito de recolher menos ICMS e abstenção de recolhimento obrigatório do referido imposto relativo ao serviço de transporte, embora se tenha destacado o valor dos mesmos nas notas fiscais de saída de mercadoria, mantém-se a condenação do apelante que detinha poderes de gerência e administração da empresa infratora.

- Se a acusação não demonstra a existência de mais de um crime e, muito menos, o lapso temporal percorrido entre um e outro, não há como aplicar a continuidade delitiva por ausência expressa dos requisitos autorizadores.

Sentença mantida.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0702.00.021053-5/001 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Rômulo Lopes da Silva - Apelados: Rômulo Lopes da Silva e Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AOS APELOS, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2007. - *Sérgio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Sérgio Braga - O 5º Promotor de Justiça da Comarca de Uberlândia denunciou Orlando Batista Santos, Atenides Batista Santos, Rômulo Lopes da Silva, Sebastião de Oliveira Naves e Edmar dos Reis Ferreira, por infração do art. 1º, incisos II e IV, c/c o art. 11, todos da Lei 8.137/90.

Fundamentou o d. Promotor de Justiça a sua acusação na notícia-crime apresentada pela Secretaria do Estado da Fazenda de Minas Gerais, que apurou diversas irregularidades fiscais ocorridas na Empresa Grãos Líder Ltda., sob administração dos denunciados, no período de 15.03.1996 a 07.10.1997. As referidas irregularidades constam de informações errôneas de ICMS nos referidos DAPIs, a saber, apropriação indevida de créditos ilegítimos com o fi-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 437

to de recolher menos ICMS aos cofres públicos e abstenção de recolhimento obrigatório do referido imposto relativo ao serviço de transporte, embora se tenha destacado o valor dos mesmos nas notas fiscais de saída de mercadoria.

O processo foi suspenso com relação aos denunciados Orlando Batista Santos e Atenides Batista Santos, transcorrendo, inicialmente, somente contra o réu Rômulo, mas depois foi integrado por Edmar e Sebastião (f. 263, 265/266, 278/282 e 367/371).

Através da sentença de f. 393/408, o Juiz da 1ª Vara Criminal daquela comarca julgou parcialmente procedente a denúncia, já que absolveu os acusados Sebastião e Edmar com base no art. 386, inciso IV, do CPP. O d. Sentenciante condenou o acusado Rômulo pelas condutas infracionais descritas nos incisos II e IV do art. 1º da Lei 8.137/90, fixando-lhe a pena em 02 anos de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, mas em seguida a substituiu por duas penas restritivas de direitos.

O Ministério Público, não se conformando com parte da sentença, apelou e, através das razões de f. 419/422, pretende a majoração da pena em razão da ocorrência da continuidade delitiva. Argumenta que, embora na denúncia não se pronuncie expressamente "crime continuado" ou "art. 71 do CP", está demonstrado que o réu se "apropriou de créditos ilegítimos consignados em diversas notas fiscais inidôneas [...]" (f. 421). Além da reincidência das condutas infracionais, ainda alega o apelante que estão presentes todos os requisitos necessários para configurar a requerida continuidade, como a condição do tempo, espaço e semelhança dos crimes executados.

O acusado, também inconformado com a decisão, apelou, pedindo, em suas razões de f. 435/437, a absolvição, argumentando, dentre outras questões, a injustiça da sua condenação, dizendo ser pobre, honesto, pai de família, além de nunca ter-se envolvido em qualquer fato criminoso.

As contra-razões foram apresentadas por ambos às f. 439/441 e 444/448.

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso do Ministério Público e pelo desprovimento do recurso da defesa, f. 487/490.

Conheço de ambos os recursos, que apresentaram todos os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade, o que determina o seu conhecimento. Além do que não foram argüidas nulidades, nem encontrada, quando do exame dos autos, qualquer delas que possa e deva ser declarada de ofício.

Muito embora o recurso da defesa tenha sido apresentado em segundo lugar, diante das questões nele argüidas e por uma questão de ordem prática, passo em primeiro lugar à sua análise.

Sobre a matéria discutida nos presentes autos, ressalto, com o fito de elucidar a questão, que, sendo o ICMS um imposto não cumulativo e que, tal como assegura o art. 155, § 2º, inciso I, da CF, compensa-se na operação seguinte o montante referente ao mesmo tributo recolhido na operação anterior pelo mesmo Estado, ou outro, ou ainda pelo DF. No entanto, para que essa operação seja válida, é necessário que a negociação comercial que deu ensejo ao ato esteja lastreada em fatos legítimos e, ainda, legalmente documentada.

E uma das formas de se corromper a legitimidade da operação é forjar a sua primeira fase, ou seja, lançar como crédito valores inexistentes ou auferidos de documento inidôneo ou falso, como das chamadas "notas fiscais frias".

Se o contribuinte incide nessa prática, comete o tipo penal previsto no art. 1º, incisos II e IV, da Lei 8.137/90, que diz:

> Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: [...], fraudar a fiscaliza-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 438

> ção tributária, inserindo elementos inexatos [...] e elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato.

E, na espécie, com relação a tais delitos, extrai-se do trabalho desenvolvido pela fiscalização tributária, que resultou no relatório fiscal elaborado pela Secretaria do Estado da Fazenda, na época da apuração dos fatos, que foi constatado que a empresa contribuinte:

> [...] se apropriou indevidamente do ICMS consignado em notas fiscais inidôneas, nos termos do art. 134, incisos I e III, do Decreto 38.104/96, relacionadas no Relatório VEACG [...]
> Constatou que o contribuinte informou o saldo da conta gráfica, em alguns meses, no DAPI (Demonstrativo de Apuração e Informação do ICMS), valor do débito do imposto inferior ao real, apesar de corretamente lançado no LRAICMS [...].
> Constatou que o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido relativo ao serviço de transporte, apesar de ter destacado o valor dos mesmos nas notas fiscais de saídas de mercadorias [...] (f. 31/34).

A materialidade é estreme de dúvidas, pois sobejamente comprovada pelos documentos fiscais juntados às f. 13/232.

Quanto à autoria, sustenta o defensor do apelante a absolvição do mesmo, no simplório argumento de que o mandatário 'não tinha conhecimento de que as notas emitidas eram para firma com inscrição cancelada [...]' (f. 435).

Ora, no referido período fiscalizado, 1º.03.96 a 09.10.97, a gerência e administração da empresa infratora cabia ao apelante. E tal condição pode ser comprovada na procuração legalmente regularizada e outorgada pelo sócio da empresa de nome Orlando Batista dos Santos (f. 17/20), que lhe concedeu amplos poderes, inclusive para:

> [...] gerir e administrar a firma outorgante, comprar e vender mercadorias do seu ramo de negócio, admitir e demitir funcionários, (...) fazer pagamentos e recebimentos, dar e receber quitação [...] enfim, praticar tudo o mais que se fizer necessário para o melhor desempenho deste mandato (f. 59).

Assim é que nenhuma dúvida sobre a autoria e a materialidade do delito se extrai dos autos, o que impunha a procedência da denúncia tal como decidido pelo d. Magistrado.

Com relação à continuidade delitiva, matéria afeta ao recurso do Ministério Público, observa-se que de fato a questão não foi diretamente tratada na denúncia ou em qualquer outra das peças apresentadas pela acusação. Inclusive, nesse ponto, deve-se ressaltar que um dos vários representantes do Ministério Público atuante no feito, Dr. Jadior Cirqueira de Souza, por ocasião da apresentação das alegações finais, pleiteou em liminar a nulidade do processo, a partir da denúncia, inclusive, f. 362/365. E assim ponderou o d. Promotor, porque não se conseguia individualizar as condutas dos denunciados.

Contudo, nas razões de recorrer do Ministério Público, não se falou mais em nulidade, e de fato a tanto não se chegaria, pois os fatos criminosos e as suas circunstâncias foram demonstrados a contento, tanto que a defesa dos acusados nada reclamou nesse sentido e se manifestou suficientemente, alcançando inclusive a absolvição de dois dos denunciados.

Por outro lado, com relação à continuidade delitiva, apesar de a denúncia descrever o período financeiro em que as condutas delituosas ocorreram (contidas nos incisos II e IV do art. 1º da Lei 8.137/90), fê-lo de forma englobada.

E, no caso, por tratar a espécie de crime de ação múltipla ou conteúdo variado, ainda que tenham ocorrido várias condutas definidas pelo denunciante, serviram apenas - conforme o enunciado da exordial - para descrever um mesmo tipo penal, não assegurando, por si, a existência de mais de um delito.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 439

Ensina Cezar Roberto Bittencourt que:

> Ocorre crime continuado quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, devendo os subseqüentes, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, ser havidos como continuação do primeiro. São diversas as ações, cada uma em si mesma criminosa, que a lei considera, por motivos de política criminal, com um crime único (*Tratado de direito pena*l. Parte geral. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 720).

Assim, quando a acusação não definiu a recorrência dos delitos e muito menos delimitou o lapso temporal havido entre um e outro, impossibilitou, principalmente nesta hora, a fixação do aumento pela continuidade delitiva, cujo percentual varia de acordo com o número de crimes praticados.

Com essas considerações, nego provimento a ambos os recursos, mantendo intacta a sentença vergastada.

Custas recursais, *ex lege.*

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Eduardo Brum e Judimar Biber.*

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS.

-:::-

ROUBO QUALIFICADO - ARMA DE FOGO - CONCURSO DE PESSOAS - VEÍCULO AUTOMOTOR - ROUBO IMPRÓPRIO - QUADRILHA ARMADA - MATERIALIDADE - AUTORIA - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - CONCURSO FORMAL - INAPLICABILIDADE - CONCURSO MATERIAL - CARACTERIZAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - MULTA - INADMISSIBILIDADE

Ementa: Crimes de roubo e formação de quadrilha. Preliminares de nulidade da sentença rejeitadas. Mérito. Pedidos de absolvição por ausência de provas e desclassificação do roubo para o furto não acolhidos. Materialidade e autoria comprovadas. Acervo probatório suficiente. Caracterização do roubo impróprio. Aplicação das penas. Retificação. Concurso formal entre o roubo e a quadrilha. Inaplicabilidade. Desígnios autônomos. Inexistência de unidade na ação. Incidência do concurso material. Pena. Redução. Condenação por formação de quadrilha. Aplicação de multa. Inadmissibilidade. Princípio da reserva legal. Decotação. Recursos parcialmente providos.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0702.05.233941-4/001 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: 1º) Joarme Renato de Melo, 2º) Valter Matias Ferreira, 3º) Alex Silva Braga, 4º) Ivo dos Reis Santos Júnior - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2007. - *Edelberto Santiago* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Joarme Renato de Melo, Valter Matias Ferreira, Alex Silva Braga e Ivo dos Reis Santos Júnior e outros seis, todos qualificados nos autos, foram

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 440

denunciados como incursos nas sanções dos arts. 288, parágrafo único, e 157, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o 71, parágrafo único, penúltima parte, todos do CP, por terem se associado para o fim de cometer crimes contra o patrimônio, sendo que, nos dias 18 e 27 de abril e 29 de junho de 2005, respectivamente, subtraíram, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo, os veículos pertencentes a Washington Mendes Júnior, Ary Luiz de Souza e Luiz Fernando de Souza Oliveira, além de certa quantia em dinheiro da vítima João Vicente de Vasconcelos.

O MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia, julgando parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenou o primeiro (Joarme), nas iras do art. 157, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o 288, parágrafo único, na forma do 71 (duas vezes), a cumprir a pena de 14 (quatorze) anos, 5 (cinco) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e ao pagamento de 146 (cento e quarenta e seis) dias-multa; o segundo (Valter), pelos crimes previstos no art. 157, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o 288, parágrafo único, na forma do 71, à pena de 11 (onze) anos, 6 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e ao pagamento de 152 (cento e cinqüenta e dois) dias-multa; o terceiro, pela imputação prevista no art. 157, § 2º, incisos I, II e IV, c/c 288, parágrafo único, na forma do 71 (três vezes), a cumprir a pena de 16 (dezesseis) anos e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e ao pagamento de 188 (cento e oitenta e oito) dias-multa; e, por fim, o quarto, como incurso nas iras do art. 157, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o 288, parágrafo único, na forma do 71 (duas vezes), todos do CP, à pena de 12 (doze) anos, 4 (quatro) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e ao pagamento de 104 (cento e quatro) dias-multa, estabelecido o regime inicial fechado para o cumprimento das penas corporais.

Inconformados, recorreram. As defesas de Joarme (f. 668/680) e Valter (f. 647/652) batem-se pela absolvição, sob a alegação de ausência de provas para a condenação. A de Alex argüiu a preliminar de nulidade da sentença, em razão da não-aplicação da atenuante da confissão espontânea, pugnando, no mérito, quanto ao delito praticado contra a vítima Ary, pela desclassificação para o crime de furto e pela redução da pena em razão da aludida atenuante, e, quanto aos demais crimes, pela absolvição, por ausência de provas, ou pelo decote do agravamento resultante do concurso formal, e, ainda, pela retificação das penas (f. 687/696). A defesa de Ivo, por sua vez, suscita a preliminar de nulidade da decisão, pela não-apreciação das teses defensivas, e, no mérito, requer, quanto ao roubo praticado contra a vítima Ary, o decote das circunstâncias qualificadoras, a redução da pena e a alteração do regime prisional, e, no tocante ao delito cometido contra Washington, a sua absolvição, por ausência de provas. Por fim, pleiteia a absolvição do crime de formação de quadrilha e o decote do aumento previsto nos arts. 70 e 71 do CP (f. 655/666).

Contra-arrazoando, o representante do Ministério Público local se bate pelo conhecimento e improvimento dos recursos (f. 697/713).

A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra do ilustre Procurador Geraldo Flávio Vasques, opina pelo conhecimento dos recursos e pelo parcial provimento, tão-só, do apelo de Alex, para se fazer incidir a atenuante da confissão espontânea (f. 717/728).

É o relatório, em síntese.

Preliminarmente, conheço dos recursos, próprios, tempestivos e regularmente processados.

Não merece acolhida a argüição de nulidade, pela não-aplicação da atenuante da confissão espontânea. A questão se resolve com uma simples adequação da pena, mostrando-se desnecessária, quando não imprópria, a cassação da sentença por tal motivo.

Rejeito, pois, a preliminar.

Aduz-se, ainda, que as teses defendidas sustentadas em favor de Ivo, nas alegações finais, não foram devidamente analisadas sentença, o que também seria causa de nulidade da sentença.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 441

Todavia, não é o que se depreende do conteúdo decisório. A análise empreendida pelo MM. Juiz *a quo* se mostrou pormenorizada e atenta aos argumentos levantados em defesa de todos os réus.

Ademais, o Julgador não está obrigado a responder a todos os argumentos e nuances invocados na defesa. Se a decisão contém suficientes fundamentos fáticos e jurídicos para justificar a conclusão adotada, o que, por uma simples leitura da sentença, tem-se por indubitável, o julgamento está completo, ainda que diversos os motivos acolhidos.

Rejeito a preliminar.

No mérito, a meu sentir, merece parcial reforma o r. *decisum* hostilizado.

Narra-se, nos autos, que Joarme Renato de Melo, Valter Matias Ferreira, vulgo "Boiadeiro", Alex Silva Braga, vulgo "Curumim", e Ivo dos Reis Santos Júnior, vulgo "Juninho do Tibery", ora apelantes, associaram-se, entre si e com outros acusados, para a prática de crimes contra a patrimônio, mais precisamente o roubo de caminhonetes e "pick-ups", sendo que, nos meses de abril e junho de 2005, praticaram três assaltos a mão armada.

O primeiro teve como vítima Washington Mendes Júnior e ocorreu em 18 de abril de 2005, quando o mesmo foi abordado, na porta de sua residência, localizada na Rua Chile, no Bairro Tibery, no Município de Uberlândia-MG, pelos apelantes Alex e Ivo, os quais, fazendo uso de uma arma de fogo, subtraíram-lhe o veículo Fiat/Strada, placa GZM-1149.

No segundo, associaram-se Joarme, Alex e Ivo, e, em 27 de abril de 2005, os mesmos subtraíram a caminhonete da marca Chevrolet, modelo D20, Custon, placa GRA-7596, que se encontrava ligada em frente ao portão da garagem da vítima Ary Luiz de Souza, situada na Rua Padre Anchieta, Bairro Lídice, em Uberlândia-MG.

Por fim, em 29 de junho de 2005, Valter, Joarme e Alex adentraram na Fazenda Babilônia, localizada no Município de Monte Alegre de Minas-MG, onde abordaram as vítimas Luiz Fernando de Souza Oliveira e João Vicente de Vasconcelos e, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo, subtraíram o veículo Fiat/Strada, placa GZX-4471, de propriedade do primeiro, e R$ 20.000,00 (vinte mil reais) em dinheiro, que estavam guardados no cofre da residência do segundo.

A materialidade dos delitos se consubstancia nos autos de apreensão (f. 62 e 105) e de reconhecimento (f. 114/115, 120/121 e 135) e no termo de restituição (f. 87).

No tocante à autoria, peço vênia para analisar as razões de recurso em face de cada evento criminoso.

Art. 157, § 2º, I, II e IV, do CP.

Vítima Washington Mendes Júnior.

Pela subtração do veículo pertencente à vítima Washington Mendes Júnior, foram apenados Alex e Ivo, em cujas defesas se sustenta a ausência de provas a lastrear a condenação.

Todavia, a meu sentir, a decisão se mostrou acertada. A prova da autoria se consubstancia no reconhecimento de Ivo pela vítima, em duas oportunidades (f. 133/134 e 369/370), aliado à confissão detalhada do crime realizada, na fase inquisitiva (f. 52/55), pelo apelante Alex, o qual também delatou a participação do primeiro no evento criminoso.

Art. 157, § 2º, II e IV, do CP.

Vítima Ary Luiz de Souza.

Respondem pelo crime praticado contra a vítima Ary Luiz de Souza os apelantes Ivo, Alex e Joarme, cujas participações ressaem, de fato, induvidosas no acervo probatório.

Alex (f. 243/245) e Ivo (f. 116/117 e 248/249) são réus confessos e foram reconhecidos pela vítima (f. 364/366).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 442

Quanto à participação de Joarme, o mesmo foi delatado pelo co-réu Ivo, e, embora não tenha sido reconhecido pela vítima, tal se explica pelo fato de não ter participado da abordagem, mantendo-se na condução do veículo, no qual deu abrigo à fuga dos comparsas. Ademais, a vítima afirmou que ouviu Joarme confessar a prática do crime diante dos policiais (f. 364/366).

Quanto à capitulação do crime, questionada na defesa de Alex, não pode prosperar a pretensão de desclassificação para o delito de furto.

Com efeito, Ary Luiz narra que desceu do veículo para abrir o portão de sua garagem, ocasião em que o acusado Alex se apossou da direção do veículo e o apelante Ivo tentou abrir a porta do lado do passageiro,

> [...] tendo o declarante partido em sua direção, no intuito de agarrar o mesmo, sendo que quando conseguiu segurar Ivo pelo ombro não sabe se a camisa rasgou ou se Ivo deu um arrancão com o braço conseguindo se soltar do declarante, sendo que o declarante afirma que as suas unhas passaram todo o braço do Ivo arrancando-lhe a pele, sendo que começou a sangrar; que naquele momento o Alex deu ré na caminhonete, sendo que Ivo se jogou na carroceria, tendo Alex arrancado deixando o local (f. 364/365).

Como se vê, os fatos se aliam, perfeitamente, à hipótese de roubo, ainda que na forma imprópria, prevista no § 1º do art. 157 do CP, considerando que a violência foi empregada após a subtração do bem.

Art. 157, § 2º, I, II e IV, do CP (duas vezes).

Vítimas João Vicente de Vasconcelos e Luiz Fernando de Souza Oliveira.

Na fase inquisitiva, os réus Valter (f. 22/24), Joarme (f. 56/58) e Alex (f. 52/55) confessaram a prática dos crimes praticados contra as vítimas João Vicente e Luiz Fernando, e, embora tenham se retratado em juízo, a confissão extrajudicial vem corroborada pelas declarações das vítimas (f. 106/107 e 112/113) e pelos autos de reconhecimento de f. 114 e 135.

As vítimas também lograram identificar a arma de fogo utilizada na consecução do intento, a qual foi apreendida em poder do apelante Valter (f. 62).

É de se registrar, ainda, que o veículo Fiat/Strada, de propriedade da vítima João Vicente, foi apreendido em poder de Joarme, consoante comunicação de serviço de f. 100/104 e auto de apreensão de f. 105.

Das qualificadoras do roubo.

Trata-se de crimes de roubo triplamente qualificado pelo emprego de arma de fogo, pelo concurso de agentes e pela circunstância do veículo automotor levado a outro Estado, exceto quanto ao roubo praticado contra a vítima Ary, no qual foi decotada a qualificadora consistente no emprego de arma de fogo, por falta de provas.

Questiona-se, nas defesas, a caracterização das qualificadoras da destinação dos veículos a outro Estado, por ausência de provas, e a do concurso de agentes, a qual excluiria o crime de formação de quadrilha.

Todavia, hão que subsistir as qualificadoras.

As investigações policiais (f. 18/20, 100/104 e 158/163) dão conta de que os veículos eram previamente encomendados por receptadores responsáveis por transportá-los para outros estados da federação, mais precisamente para as cidades de São Luiz do Maranhão e Redenção do Pará. Há notícia, ainda, da apreensão de alguns veículos no Município de Itumbiara-GO.

Lado outro, cediço que não ocorre o *bis in idem* no reconhecimento, a um só tempo, do crime de roubo em concurso de agentes e formação de quadrilha, ou, ressalte-se, em se qualificar esta e o roubo pelo emprego de arma, uma vez que se trata de desígnios autônomos, com objetividades jurídicas distintas.

Art. 288, parágrafo único, do CP.

Plenamente caracterizado, outrossim, o crime de formação de quadrilha. Os réus se associaram, em número de quatro, de forma es-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 443

tável e permanente, pois de outra forma não teriam obtido tamanho êxito nos sucessivos delitos praticados, sempre de forma associada, a despeito da alternância do grupo.

Ora, só a organização, o planejamento e o acordo prévio poderiam dar abrigo à ousada empreitada, não sendo outro o conteúdo das declarações prestadas pelo réu Joarme à f. 57, no sentido de que os veículos tinham destino certo, eram previamente encomendados e valiam entre R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) e R$ 4.000,00 (quatro mil reais) no repasse aos receptadores.

Destarte, dúvidas não pairam, a meu sentir, quanto à caracterização dos crimes, não merecendo prosperar as súplicas absolutórias.

Das penas.

Requer-se, na defesa de Alex, a atenuação das penas, em face das circunstâncias judiciais e da confissão espontânea, e o decote do concurso formal no roubo, à consideração da ocorrência de *bis in idem*, diante do reconhecimento do crime continuado. Aduz-se, ainda, quanto ao crime de formação de quadrilha, erro na aplicação da causa de aumento do art. 70 e da pena de multa.

Por sua vez, a defesa de Ivo bate-se pela redução das penas impostas pelos crimes de roubo e pela alteração do regime prisional.

No tocante à aplicação da pena, o r. *decisum* está a requerer, de fato, algum reparo.

O MM. Juiz *a quo* estabeleceu as penas-base do roubo em 5 (cinco) anos de reclusão, para todos os crimes e réus. Embora tenha cingido sua análise à menção, em abstrato, das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, entendo que o patamar se mostra razoável, em face da dimensão da ação delituosa e do grau de periculosidade demonstrado pelos agentes.

Ademais, os réus viram-se beneficiados pelo reconhecimento da continuidade delitiva entre os três eventos criminosos.

Quanto aos crimes praticados contra João Vicente e Luiz Fernando, aplicou-se a regra do concurso formal, o que é de se estranhar, porquanto consignado, no corpo da sentença, a adequabilidade do concurso material, tendo em conta o fato de se tratar de vítimas diversas e da imprevisibilidade da presença de uma delas no local dos fatos.

A incidência dos concursos não configura a alegada duplicidade de exasperação. Pelos dois roubos que vitimaram, na mesma data e ocasião, João Vicente e Luiz Fernando, o MM. Juiz *a quo* aplicou a regra do concurso formal, vindo, depois, a reconhecer a continuidade delitiva entre este evento criminoso e os demais.

Lado outro, assiste razão às defesas ao afirmarem que o e. Julgador deixou de atenuar as penas pela confissão espontânea, reconhecida em favor de Alex e Ivo, bem como que as penas estabelecidas pelo crime praticado contra a vítima Ary não poderiam ter sido elevadas no mesmo patamar que as demais, por se ter excepcionado a causa de aumento de pena relativa ao uso de arma de fogo.

Não obstante, verifico que a redução se faria, de todo, inócua. Por incidência da regra do crime continuado, o Juiz aplicou o aumento, no caso de Ivo, sobre a pena de um só dos crimes, porquanto idênticas, e, no caso de Alex e Joarme, sobre a mais grave, ou seja, aquela resultante do crime cometido em 29 de junho de 2005, contra as vítimas Luiz Fernando de Souza Oliveira e João Vicente de Vasconcelos, no qual a aludida atenuante não se faz aplicável.

Portanto, em todo caso, a redução isolada da pena imposta pelo crime cometido contra a vítima Ary não haveria de influir no cômputo final da reprimenda.

Noto, ainda, que o MM. Juiz monocrático reconheceu o concurso formal próprio entre os crimes de roubo e formação de quadrilha, o que, a meu ver, se mostra equivocado, por se tratar de duas ações diversas e de desígnios autônomos, falecendo os pressupostos indispensáveis para a caracterização do concurso formal.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 444

De mais a mais, o reconhecimento do concurso formal, em detrimento do concurso material, acabou por prejudicar alguns réus, em afronta ao disposto no parágrafo único do art. 70 do CP.

Noto, ainda, que, para o crime de formação de quadrilha, o MM. Juiz *a quo* estabeleceu a pena-base pela previsão do *caput* do art. 288 do CPB (1 ano de reclusão) - também, ao que entendo, por descuido, uma vez que os réus se viram condenados pela forma qualificada prevista no parágrafo único, a qual prevê a aplicação da pena em dobro.

Corrigindo tais desacertos, seja o que veio a prejudicar os réus, seja o que veio a beneficiá-los, a retificação da reprimenda não pode, em todo caso, resultar em desfavor dos mesmos, ou seja, a soma - pela incidência da regra do concurso material - da pena do crime de formação de quadrilha - na modalidade qualificada, como deveria ter sido aplicada - com a pena final estabelecida para os crimes de roubo, não pode ultrapassar a pena estabelecida na sentença.

Portanto, em respeito ao princípio do *ne reformatio in pejus*, reduzo, tão-só, as penas impostas a Joarme e Alex, já que, para os demais réus, a incidência do novo cálculo viria a prejudicá-los.

Estabelecendo, para ambos os réus, pelo crime previsto no art. 288, parágrafo único, do CP, a pena no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, e somando esta ao resultado final da pena corporal imposta pelos crimes de roubo, concretizo as reprimendas em 14 (quatorze) anos, 4 (quatro) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, para o apelante Joarme, e, para Alex, em 15 (quinze) anos, 9 (nove) meses e 8 (oito) dias de reclusão.

Lado outro, a imposição da pena de multa, para o crime de formação de quadrilha, configura flagrante afronta ao princípio da reserva legal, uma vez que o delito não prevê sanção desta natureza em caso de sua infração, pelo que se faz mister a sua decotação.

O regime prisional deve ser mesmo o fechado, *ex vi* do disposto no art. 33, § 2º, *a*, do CP.

Mercê de tais considerações, rejeito as preliminares e dou parcial provimento aos recursos, tão-só para reduzir as penas de Joarme Renato de Melo e Alex Silva Braga e decotar, de todas as condenações, a pena de multa imposta pelo crime de formação de quadriha.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Sérgio Braga e Eduardo Brum.*

Súmula - À UNANIMIDADE, REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

-:::-

EXTORSÃO - CRIME FORMAL - VANTAGEM INDEVIDA - IRRELEVÂNCIA - *ITER CRIMINIS* - CIRCUNSTÂNCIA ALHEIA - CRIME CONSUMADO - TENTATIVA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - POSSIBILIDADE

Ementa: Penal. Processo penal. Apelação. Extorsão. Desclassificação para tentativa. Necessidade.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 445

- O crime descrito no art. 158 do CPB é, sem dúvida, delito formal, consumando-se com o constrangimento a que a vítima é submetida, sendo irrelevante a efetiva obtenção da vantagem indevida. Todavia, se o *iter criminis* for fracionado por circunstâncias alheias à vontade do agente, configurada está a tentativa. Se a vítima, após ameaçada pelo agente, acionou a Polícia e demonstrou que não se sentiu intimidada, não se pode falar em crime consumado.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0261.04.023691-9/001 - Comarca de Formiga - Apelante: Ranieri Garcia Ribeiro - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. ELI LUCAS DE MENDONÇA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 2 de maio de 2007. - *Eli Lucas de Mendonça* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação, pelo apelante, a advogada Ana Cristina Luna Carneiro.

O Sr. Des. Eli Lucas de Mendonça - Apelação interposta por Ranieri Garcia Ribeiro, inconformado com a r. sentença de f. 97/102, que o condenou como incurso nas sanções do art. 158, *caput*, do CP, às penas definitivas de 04 anos de reclusão, regime aberto, e 10 dias-multa.

Narra a denúncia que, no dia 26.01.2004, por volta das 10 horas, e no dia 27.04.2004, por volta das 14 horas, na Av. Rio Branco, 555, Centro, Formiga/MG, o apelante constrangeu, mediante grave ameaça de morte à sua pessoa e a membros de sua família, o ofendido José Carlos Brandão da Costa, a fim de que este lhe entregasse a quantia de R$ 20.000,00, vantagem econômica esta que visava a obter para si.

Intimação regular, f. 106-v.

Pugna o apelante, em resumo, f. 116/126, sem se opor à condenação, pela desclassificação para a forma tentada do delito, em face da ocorrência do flagrante preparado. Subsidiariamente, requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Apelo devidamente contrariado, f. 129/133, oportunidade em que se pleiteia o seu desprovimento, no que aquiesce a d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 135/138.

É o relatório.

Sem preliminares argüidas ou apreciáveis de ofício.

Não há oposição quanto à condenação, que era mesmo de rigor ante a prova produzida. Materialidade e autoria devidamente comprovadas pelo auto de apreensão de f. 16, termo de restituição de f. 17, documento, f. 18, confissão do apelante, f. 47/48, declarações da vítima (f. 08/10 e 79), e depoimentos das testemunhas (f. 05/06, 27, 78/80).

A afirmação de que o delito de extorsão não ultrapassou a esfera do *conatus* merece guarida, *data venia*.

O crime descrito no art. 158 do CPB é, sem dúvida, crime formal, consumando-se com o constrangimento a que a vítima é submetida, sendo irrelevante a efetiva obtenção da vantagem indevida. Todavia, se o *iter criminis* for fracionado por circunstâncias alheias à vontade do agente, configurada está a tentativa.

Nesse vértice, para que o crime reunisse todos os elementos constitutivos da figura típica, seria necessário que, ao lado do constrangimento perpetrado pelo agente e com intuito de obtenção de vantagem econômica, houves-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 446

se a efetiva limitação da liberdade individual da vítima, de modo que esta fizesse, tolerasse ou deixasse de fazer algo fora dos marcos de atuação do querer individual.

In casu, a vítima, ante a ameaça do acusado, procurou seu advogado, que a aconselhou a relatar o ocorrido ao delegado de polícia, tendo este a instruído a atender ao pedido do autor das ameaças, afirmando que ficaria de campana no local. Assim, quando o apelante chegou ao local e pegou o dinheiro, foi surpreendido e preso em flagrante delito.

Com efeito, se a vítima, após ameaçada pelo agente, acionou a Polícia e demonstrou que não se sentiu intimidada, não se pode falar em crime consumado.

Nesse sentido:

> Penal - Apelação - Extorsão - Ameaça à vítima - Ausência de cumprimento das exigências - Tentativa caracterizada. - A palavra da vítima, relatando a prática do delito, em harmonia com o conjunto probatório, é suficiente à comprovação da autoria e caracterização do crime de extorsão. O crime de extorsão é delito formal que admite a tentativa, quando a vítima não cede às exigências do autor (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0287.04.017464-4/001, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Walter Pinto da Rocha, j. em 13.09.2006, pub. em 23.09.2006).

> Apelação criminal - Crime de extorsão - Absolvição - Impossibilidade - Conjunto probatório idôneo - Tentativa - Ocorrência - Acionamento da Polícia pela vítima.
> (...)
> O crime de extorsão, muito embora seja um crime formal, possui *iter criminis*, podendo, dessa forma, ser fracionado. Assim, se a vítima não se sente intimidada com as ameaças do agente e aciona a Polícia, ficando esta de campana e prendendo o agente em flagrante delito, não há que se falar em crime consumado. Recursos improvidos (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0287.04.017464-4/001, 5ª Câmara Criminal, Rel.ª Des.ª Maria Celeste Porto, j. em 26.04.2005, pub. em 21.05.2005).

Lado outro, registro que improcede a alegação da defesa de que o réu fora preso em virtude de um flagrante preparado, já que o que ocorreu, na verdade, foi um flagrante esperado.

Diferenciando os dois institutos, leciona Damásio E. de Jesus:

> Este (flagrante provocado) é forma de delito putativo por obra de agente provocador, impunível, caso em que a vítima ou policial provoca ou induz o sujeito à prática do fato, tomando cautelas que tornam impossível a consumação do crime. Na hipótese do flagrante esperado, em que existe crime, o agente da autoridade ou a vítima apenas deixam o sujeito agir, sem provocação ou induzimento, prendendo-o na realização do fato... (JESUS, Damásio E. *Código de Processo Penal anotado*. 18. ed. Editora Saraiva, p. 228).

Passo, pois, à reestruturação das penas impostas, para, na terceira fase da dosimetria, reduzi-las em 2/3, em razão da tentativa (já que distante ficou o delito de se consumar), concretizando-as, sem oscilações outras, em 1 ano e 4 meses de reclusão e 3 dias-multa.

Mantenho o regime aberto fixado na r. sentença.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não pode ser concedida. A grave ameaça inibe o benefício buscado. Incidente, pois, o obstáculo inserto no inciso I do art. 44 do CP.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reconhecer a forma tentada do delito, reduzindo as penas impostas.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Ediwal José de Morais - Acompanho o ilustre Relator na integralidade, ressaltando que a decisão não poderia ser melhor, quando reconhece, em favor do apelante, a forma tentada do delito, reduzindo as penas impostas na sentença primeva.

Analisando as provas dos autos e comparando-as com os fundamentos expostos na sentença hostilizada e no voto condutor, creio que razão assiste ao apelante, ao pleitear a desclassificação para a forma tentada do delito.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 447

No caso em comento, entendeu o em. Desembargador Relator que a vítima, após ameaçada pelo agente, acionou a Polícia, demonstrando que não se sentiu intimidada, não se podendo falar em consumação de delito.

Realmente, *in casu*, não há ação da vítima, através da qual esta tolera que se faça ou deixe de fazer alguma coisa, não havendo provas de que se sentiu intimidada pela conduta do recorrente.

A vítima, após ser constrangida pelo agente, procurou seu advogado, que a instruiu a acionar o delegado de polícia. Este, em seguida, aconselhou-a a atender ao pedido do autor das ameaças, afirmando que ficaria de campana no local. Ato contínuo, quando o apelante chegou ao local combinado e se apoderou do dinheiro, foi surpreendido e preso em flagrante delito (f. 08/10).

Portanto, havendo o constrangimento mediante grave ameaça, mas não obedecendo a vítima às instruções do autor da ameaça e permanecendo inerte no sentido de atendê-lo, não há que se falar em crime consumado, razão pela qual se faz mister a desclassificação para modalidade tentada do delito.

Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> ... o simples constrangimento, sem que a vítima atue, não passa de uma tentativa. Para a consumação, portanto, cremos mais indicado atingir o segundo estágio, isto é, quando a vítima cede ao constrangimento imposto e faz ou deixa de fazer algo (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed., 2003, p. 158).

Com essas razões, dou parcial provimento ao apelo, acompanhando o em. Des. Relator para reconhecer a forma tentada do delito.

Custas, ex lege.

O Sr. Des. Walter Pinto da Rocha - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

HOMICÍDIO QUALIFICADO - MOTIVO TORPE - QUADRILHA - TRIBUNAL DO JÚRI - SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - INTIMAÇÃO - DEFENSOR DATIVO - ADVOGADO CONSTITUÍDO - APELAÇÃO CRIMINAL - DECURSO DE PRAZO - INTEMPESTIVIDADE - CRIME CONTRA A VIDA - CONCURSO MATERIAL - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - CRIME CONTINUADO - ADMISSIBILIDADE - *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO - COAÇÃO ILEGAL - CONCESSÃO DE ORDEM

Ementa: Homicídio qualificado. Apelação. Intempestividade. Questionamento ao acusado se ele deseja ou não recorrer. Defensor dativo. Prazos em dobro. Continuidade delitiva. Cumulação material das penas. Constrangimento ilegal. *Habeas corpus* de ofício.

- É intempestiva a apelação interposta oito dias após a publicação da sentença condenatória no plenário do Tribunal do Júri, em que estavam presentes o acusado e seu defensor.

- Apesar de se facultar ao acusado, no processo penal, a interposição de recursos, é desnecessário seu questionamento a respeito de seu desejo quando está assistido por defensor no momento da leitura da sentença em plenário.

- Inadmissível se considerar como dativo o defensor que assim não foi nomeado pelo juízo, não obstante funcionar com tal característica em outros feitos.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 448

- Suportando o agente ilegal constrangimento em sua liberdade de locomoção em razão do equivocado reconhecimento do concurso material entre suas condutas, viável a atuação deste Tribunal em *habeas corpus* de ofício para sanar a coação.

- É possível o reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes dolosos praticados contra a vida de vítimas diversas, hipótese em que deve ser aplicada a regra do parágrafo único do art. 71 do Código Penal.

- Tendo sido ambos os delitos de mesma espécie praticados nas mesmas condições de tempo e lugar e com maneira de execução similar, deve o segundo ser havido como subseqüente do primeiro.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0079.01.023957-6/002 - Comarca de Contagem - Apelante: José Nilson Pereira da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.ª JANE SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO RECURSO E, EM *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO, CONCEDER A ORDEM PARA RECONHECER A CONTINUIDADE DELITIVA.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2007. - *Jane Silva* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Jane Silva - José Nilson Pereira da Silva, inconformado com a sentença que o condenou a 28 anos e três meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por tê-lo considerado incurso nas penas dos arts. 121, § 2º, I e II (por duas vezes), e 288, c/c 69, todos do Código Penal, c/c art. 8º da Lei 8.072/1990, interpôs o presente recurso requerendo a cassação do julgamento, por ter sido a decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Alternativamente, requereu a redução da reprimenda imposta, tendo em vista o equivocado reconhecimento de sua reincidência, não obstante sua comprovada primariedade. Também foi pleiteado o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Contra-razões ministeriais à f. 655/657-TJ pelo não-conhecimento do recurso no que tange ao pedido de cassação do veredicto, por se tratar de segunda apelação com o mesmo objetivo. No mérito, pleiteou pela manutenção do *decisum*.

Quanto aos fatos, narram os autos que José Nilson Pereira da Silva, Edgar Camilo da Silva, Roziel Vieira dos Santos, Sólon Vieira de Souza, Charles Ferreira da Silva e Huguer Marques de Almeida Oliveira formavam uma quadrilha especializada no tráfico de drogas.

Segundo consta, no dia 14 de junho de 2001, por volta das 10h15min, na Rua 12, nº 170, e Rua 05, esquina com Rua 10, Bairro Parque São João, Cidade de Contagem, eles mataram os irmãos José Marcelino Cordeiro e Vander Alves por motivo torpe, consistente no fato de que ambos também pretendiam traficar em tal local.

Narra a exordial que os crimes foram cometidos mediante recurso que impossibilitou a defesa das vítimas, tendo em vista que os agentes, além de estarem em maior número, se encontravam armados, tendo, inclusive, acertado as costas de Vander.

A denúncia foi recebida em 18 de março de 2002, e a pronúncia foi prolatada em 10 de setembro de 2002. Após a interposição de recurso em sentido estrito pela acusação, a de-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 449

cisão foi, em sede de juízo de retratação, reformada parcialmente em 25 de outubro de 2002. Realizado o julgamento em plenário, este Tribunal cassou a decisão por manifesta contrariedade às provas dos autos. O novo julgamento perante o Tribunal do Júri ocorreu em 8 de março de 2006.

O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido o réu dela intimado em plenário (f. 610-TJ).

O processo foi desmembrado em relação aos demais acusados, tendo em vista estarem em local incerto e não sabido (f. 216-TJ).

A Procuradoria de Justiça opinou, preliminarmente, pelo não-conhecimento do recurso, por intempestividade, bem como em função da vedação de segunda apelação objetivando a cassação do veredicto.

É o relatório.

Quanto ao conhecimento do recurso.

Argüiu o ilustre Procurador de Justiça que o presente recurso não deve ser conhecido, em razão de sua manifesta intempestividade.

Compulsando os autos, percebo que a decisão recorrida foi proferida em plenário em 8 de março de 2006, oportunidade em que o acusado e sua defensora foram dela pessoalmente intimados (f. 610-TJ).

Em 13 de março de 2006, a decisão condenatória transitou em julgado, conforme certidão de f. 612-TJ.

A apelação somente foi interposta três dias depois do trânsito em julgado, por defensor constituído pelo agente, conforme mencionado na petição de sua interposição (f. 613-TJ).

Alegou a defesa que seu recurso deve ser conhecido, tendo em vista que o acusado não foi questionado em plenário se desejava ou não recorrer, além de que seu patrono, apesar de constituído por sua família, está exercendo um múnus gratuito, como defensor dativo, razão pela qual faz jus à contagem dobrada de seus prazos.

Pela garantia constitucional da ampla defesa, é facultado ao acusado, no processo penal, interpor qualquer tipo de recurso. A única obrigação é que suas razões sejam firmadas por profissional legalmente habilitado, excepcionado o *habeas corpus*, situação que não vem ao caso.

Todavia, por falta de previsão legal, entendo ser desnecessário que se questione ao réu se ele deseja ou não recorrer, já que, pela mencionada garantia, ele sempre estará assistido por defensor, em especial nos procedimentos afetos ao Tribunal do Júri, em que ambos estarão presentes quando da leitura da sentença em plenário.

Assim, entendo que o fato de não constar na ata de julgamento se o réu foi ou não expressamente questionado pelo Magistrado se desejava ou não apelar não é suficiente para obstar o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Também foi alegado que o defensor signatário das razões recursais está exercendo um múnus gratuito, razão pela qual faz jus à contagem dobrada de seus prazos, pois nada mais é do que um defensor dativo.

Contudo, unicamente o fato de atuar com tal característica na comarca de origem em vários feitos, como argumentado na petição de f. 620-TJ, não faz com que ele assim seja reconhecido em todos eles.

Como narrado na própria petição de interposição recursal (f. 613-TJ), foi a família do apelante quem o contratou para que atuasse no presente processo, inexistindo nos autos qualquer nomeação judicial em tal sentido, mas sim a procuração outorgada pelo acusado em seu favor (f. 614-TJ).

Assim, vejo que o benefício da contagem dos prazos em dobro, concedido aos defensores

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 450

públicos e dativos, não deve ser estendido ao combatente causídico no presente feito, razão pela qual intempestivo está o presente recurso, o que impossibilita seu conhecimento.

Portanto, entendo que o recurso interposto por José Nilson Pereira da Silva não deve ser conhecido.

Todavia, vejo que o apelante está a suportar ilegal constrangimento em sua liberdade de locomoção, tendo em vista o reconhecimento do concurso material entre suas condutas, conforme disposto na sentença.

Dessa forma, não obstante o não-conhecimento do recurso por ele interposto, devo agir em *habeas corpus* de ofício para sanar a ilegalidade.

Inicialmente, devo ressaltar que o entendimento acerca da impossibilidade do reconhecimento de crime continuado em delitos praticados contra a vida não mais tem aplicação em nosso ordenamento jurídico. A Súmula 605 do egrégio Supremo Tribunal Federal, que vedava tal benefício, perdeu sua eficácia após a reforma de 1984, quando foi acrescentado o parágrafo único no art. 71 do Código Penal, prevendo a possibilidade de, nesses casos, aumentar a maior reprimenda aplicada ao agente até o triplo. Mesmo entendimento adota Guilherme de Souza Nucci, em seu *Código Penal comentado*, 4. ed, p. 303, *in verbis*:

> Houve época em que a jurisprudência era praticamente pacífica ao estipular não ser cabível crime continuado para crimes violentos cometidos contra vítimas diferentes e ofendendo bens personalíssimos, tais como vida ou integridade física. (...). Atualmente, os acórdãos seguem tendência em sentido contrário, acolhendo o delito continuado mesmo contra vítimas diferentes e bens personalíssimos. (...). Aliás, outra não poderia ser a solução, pois a Reforma Penal de 1984 acrescentou o parágrafo único no art. 71 do Código Penal, prevendo claramente essa possibilidade.

Na mesma esteira está a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Duplo homicídio contra vítimas diferentes. Possibilidade de reconhecimento de continuidade delitiva, diante da norma expressa do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, acrescentado pela reforma penal de 1984 (Lei 7.209/84) (STJ, *RSTJ* 78/345 e *RT* 706/377).

Verificando o caso concreto, vejo que, conforme narrado pela própria denúncia, o apelante, juntamente com vários co-réus, passou a proferir inúmeros disparos de arma de fogo em direção a ambas as vítimas, tendo uma delas morrido no local e outra alguns metros depois, após frustrada tentativa de fuga.

Ressalte-se que a própria denúncia (f. 06-TJ), ao capitular os crimes imputados ao agente, requereu a aplicação do parágrafo único do art. 71 do Código Penal.

Porém, ao proceder à fixação das penas (f. 609-TJ), o Juiz *a quo*, certamente por não entender pela ocorrência da continuidade delitiva, cumulou materialmente as reprimendas aplicadas para os dois homicídios qualificados.

Todavia, percebo, de acordo com as evidências contidas nos autos, corretamente relatadas pelo douto Promotor de Justiça na denúncia, que ambos os homicídios ocorreram de forma bastante similar, pois o agente, juntamente com vários co-réus, efetuou vários disparos em direção a ambas as vítimas em um mesmo momento, de forma que os dois crimes, executados de maneira semelhante, com emprego de arma de fogo, foram praticados nas mesmas condições de tempo e lugar.

O fato de apenas uma das vítimas ter iniciado uma fuga não tem o condão de afastar a aludida continuidade, uma vez que a maneira como os crimes foram cometidos permaneceu inalterada, sendo certo que a aludida fuga se frustrou a apenas poucos metros do local em que os fatos se iniciaram.

Ressalte-se que o móvel dos delitos era idêntico, consistindo no afastamento das vítimas do submundo do tráfico de drogas da região em que o apelante e seus comparsas reinavam.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 451

Ademais, repita-se, os agentes já chegaram ao local dos fatos atirando em ambas as vítimas, não havendo, a princípio, qualquer distinção entre os delitos.

Deve ser realçado, também, que, para a configuração do crime continuado, os delitos praticados não têm que ser absolutamente idênticos, mas podem possuir certas peculiaridades, desde as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras circunstâncias semelhantes entre si. Vejamos: "Exigir-se em alguns casos identidade perfeita de *modus operandi* é pretender afastar-se de vez a *fictio juris* do crime continuado" (TACRimSP, *RT* 492/348).

Assim, vejo que o segundo homicídio praticado deve ser havido como continuação do primeiro.

Tendo sido reconhecido que eles foram praticados de forma dolosa, mediante violência e contra duas vítimas diferentes, deverá incidir a regra descrita no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, salvo no que toca ao crime de formação de quadrilha, em que deverá ser mantida a regra do concurso material.

Ante tais fundamentos, agindo em *habeas corpus* de ofício, concedo a ordem a José Nilson Pereira da Silva, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reconhecer a continuidade delitiva em relação aos dois homicídios qualificados por ele praticado.

Passo à reestruturação das reprimendas.

Entendendo correta a fixação das penas finais em relação a ambos os homicídios feita pelo Magistrado sentenciante, mantenho-as em 12 anos e seis meses de reclusão para cada um deles.

Pela regra do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, tomo qualquer delas, já que idênticas, e, levando-se em conta que os delitos foram praticados com violência à pessoa, sendo seus motivos injustificáveis, mas favoráveis seus antecedentes (CAC de f. 555/557-TJ), sua conduta social e sua personalidade, além de que as circunstâncias do delito foram próprias do tipo penal em análise, sendo que dois foi o número de crimes praticados, aumento-a pela metade, o que equivale a seis anos e três meses de reclusão, concretizando-a em dezoito anos e nove meses de reclusão.

Somando tal reprimenda com aquela fixada para o crime de formação de quadrilha (três anos e três meses de reclusão), já que praticado em concurso material com os homicídios, totalizo sua pena final em 22 anos de reclusão.

Seu regime inicial de cumprimento deverá permanecer no fechado, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Antônio Carlos Cruvinel e Paulo Cézar Dias.*

Súmula - NÃO CONHECERAM O RECURSO E, EM *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO, CONCEDERAM A ORDEM PARA RECONHECER A CONTINUIDADE DELITIVA.

-:::-

LATROCÍNIO - EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - DOLO - IMPUTABILIDADE - ÔNUS DA PROVA - CONDENAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - SENTENÇA - MINISTÉRIO PÚBLICO - RECURSO DA ACUSAÇÃO - NÃO-CONHECIMENTO - CRIME HEDIONDO - PROGRESSÃO DE REGIME - POSSIBILIDADE - JUÍZO COMPETENTE - EXECUÇÃO DA PENA - LEI MAIS BENÉFICA - APLICABILIDADE

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 452

Ementa: Processual penal. Apelação criminal. Latrocínio. Crime hediondo. Embriaguez completa não configurada. Pena. Redução. Necessidade. Recurso do MP buscando a fixação de regime integralmente fechado. Regime fechado fixado na sentença. Suficiência. Possibilidade de progressão que constitui matéria de natureza executória. Ausência de interesse recursal. Lei nova permitindo expressamente a progressão. Lei mais benéfica. Aplicação imediata. Recurso prejudicado por perda do objeto.

- A aplicação da teoria da *actio libera in causa* exige que se analise o elemento subjetivo do agente no momento anterior ao fato. A embriaguez voluntária não exclui a culpabilidade. Inexistindo qualquer elemento que sugira, pelo menos, que o estado de embriaguez tenha sido alcançado por causa não atribuída ao próprio agente, é inviável a exclusão da culpabilidade.

- É imperativa a concessão do benefício do art. 65, III, *d,* do CP, quando a confissão foi usada na formação do convencimento do sentenciante.

- Quando o juiz fixa o regime mais grave para o cumprimento da pena, o fechado, carece de interesse recursal o Ministério Público ao buscar a declaração de impedimento da progressão de regime por cuidar-se de crime hediondo, dado que essa matéria é da competência do juízo executório.

- Com o advento da Lei 11.464/07, que fez com que aos crimes hediondos se estendesse a possibilidade de progressão de regime, estabelecendo prazos, fica prejudicado o recurso do Ministério Público que busca ver reconhecida a impossibilidade de progressão de regime em condenação por crime de latrocínio.

Recurso do Ministério Público não conhecido e recurso defensivo parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0105.01.024128-6/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelantes: 1º) Ministério Público Estado Minas Gerais, 2º) D'Leon Souza Oliveira - Apelados: os mesmos - 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 não conhecer do recurso ministerial e dar provimento parcial ao segundo recurso.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2007. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Hélcio Valentim - Pela ordem.

Do recurso ministerial.

Preliminar de não-conhecimento.

Peço vênia ao eminente Des. Relator, mas tenho preliminar, que trago de ofício.

Por duplo motivo, não conheço do recurso ministerial.

Primeiramente, porque o Sentenciante impôs ao sentenciado o regime mais grave previsto no Código Penal para o cumprimento da pena a que foi ele condenado, o fechado.

Se assim o é, carece de interesse recursal a parte acusatória quando maneja recurso de apelação buscando a fixação do que chama de regime integralmente fechado.

Não há regime integralmente fechado no sistema penal pátrio. A Lei 8.072/90 não criou um quarto regime de cumprimento de pena. O que fez foi, de modo direto, dirigindo-se à fase

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 453

da execução de pena nesse particular, impedir que condenados por crimes hediondos ou a estes equiparados pudessem obter o benefício carcerário da progressão de regime.

Daí se extrai, por óbvio, que sempre foi ao Sentenciante exigível que fixasse o regime, algo que aqui resta observado, elegendo-se o fechado. É de todo irrelevante se o que se disse foi inicialmente fechado ou integralmente fechado, desde quando a possibilidade de progressão de regime, ou não, sempre foi matéria da competência do juízo da execução, nunca do juízo da condenação, que, nesse caso, decide *ultra petita* e o faz de forma inócua, uma vez que a coisa julgada, no particular, é meramente a formal.

Portanto, adiando a discussão da possibilidade da progressão de regime - e sob a observância de que regras - para a fase executória, entendo que não há interesse recursal aqui, desde que, nessa parte, não sucumbiu o apelante.

Malgrado já se constitua esse fato motivo justificador do não-conhecimento do recurso, há ainda um outro, ainda mais vigoroso, a apontar a necessidade do não-conhecimento.

Ocorre que tudo quanto busca em seu apelo o Ministério Público é impedir que o sentenciado obtenha progressão de regime com base na vedação inserta na Lei 8.072/90, agora expressamente revogada pela Lei 11.404/07.

Logo, prejudicado está o recurso, diante da nova regra legislativa pertinente, posterior ao seu ajuizamento, que, finalmente, impede diretamente a obtenção da pretensão externada em seu recurso pelo Ministério Público.

Esses dois motivos considerados, não conheço do recurso ministerial.

O Sr. Des. Alexandre Victor de Carvalho - Estou de acordo com o eminente Desembargador Vogal.

O Sr. Des. Vieira de Brito - De acordo.

O Sr. Des. Alexandre Victor de Carvalho - 1 - Relatório:

Descrevem os autos que o apelante D'Leon Souza Oliveira foi processado pela Justiça Pública, juntamente com Neel Santos de Carvalho, como incursos nas iras do art. 157, § 3º, do Código Penal, por terem, no dia 15 de outubro de 2000, por volta de 1h30min, na Rua Israel Pinheiro, próximo ao nº 2.336, no centro de Governador Valadares, tentado subtrair coisa alheia móvel da vítima Marco da Silva Dutra, mediante uso de arma de fogo, vindo a causar a morte da vítima.

Consta que os acusados chegaram perto da vítima e sua namorada, estando D'Leon com uma arma de fogo, e anunciaram o assalto, tendo D'Leon sacado da arma, e a vítima, ao perceber o que acontecia, assustou-se e tentou evitar o assalto, correndo do local, momento em que D'Leon atirou contra as costas da vítima, vindo esta a falecer.

O processo foi desmembrado em relação a Neel Santos de Carvalho, por ter sido citado por edital (f. 92).

Alegações finais do Ministério Público, requerendo a procedência da denúncia; e da defesa, pugnando por sua improcedência.

A sentença guerreada, julgando consistente o conjunto probatório, condenou o apelante no art. 157, § 3º, do CP, às penas de vinte e quatro anos de reclusão e duzentos e oitenta e oito dias-multa, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (f. 167/170).

Inconformado, apela o Ministério Público, pugnando pela fixação do regime integralmente fechado para o cumprimento da pena (f. 178/181).

A defesa também apela, pugnando pela absolvição, ao argumento de que o réu estava embriagado no momento dos fatos e não se embriagou para praticar o crime nem o previu. Alternativamente, requer redução da pena-base, maior redução pela atenuante da menoridade e redução da pena de multa (f. 184/187).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 454

Devidamente intimado, o *Parquet* apresentou as respectivas contra-razões (f. 193/199), bem como a defesa (f. 189).

A Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra do ilustre Procurador Vagner Vartuli, opina para que seja negado provimento ao recurso da defesa e dado provimento ao recurso ministerial (f. 204/213).

É o relatório.

2 - Conhecimento:

Conheço do recurso da defesa, por preencher os pressupostos legais.

3 - Preliminar:

Não há preliminares.

4 - Mérito:

4. 1 - Recurso da defesa:

Passando ao exame do recurso do acusado D'Leon, alega a defesa que o apelante cometeu o crime em estado de embriaguez, não tendo premeditado nem previsto o resultado; assim, deve ser aplicada a teoria da *actio libera in causa.*

A simples menção à teoria da *actio libera in causa* não é o bastante para a solução da *quaestio*, pois tal teoria apresenta dificuldades de aplicação em determinadas situações fáticas.

É que o art. 28, inciso II, do Diploma Penal, que a consagrou, tem sido criticado por penalistas de renome, como Jair Leonardo Lopes, que reconhece, na sua aplicação no tocante à embriaguez voluntária ou culposa completa, uma hipótese de responsabilidade penal objetiva:

> Pretende-se que, a não ser a embriaguez por caso fortuito ou força maior, nenhuma outra possa excluir a imputabilidade (art. 28, II, do CP), ainda que o agente, ao tempo da ação ou da omissão, seja, em razão do estado de embriaguez, inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Sem dúvida, pode ocorrer caso de responsabilidade sem culpa, pois o agente, no momento do crime, em estado de embriaguez completa, não teria nem podia ter a consciência da ilicitude ou a capacidade de governar-se (LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*. Editora RT, p. 148).

Nesse sentido, também o saudoso Mestre Aníbal Bruno:

> A punição do crime praticado em estado de embriaguez plena, quando o agente, na fase de imputabilidade precedente, não quis nem previu o resultado, nem este era previsível, em vista de circunstâncias particulares em que se encontrasse o agente, foge ao princípio da culpabilidade, nem mesmo na espécie da *actio libera in causa*. Falta, na hipótese, quando o sujeito ainda imputável, dolo ou culpa em relação ao crime determinado, e isso é conceitualmente indispensável à configuração desse instituto, segundo a boa doutrina (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Tomo II, f. 532-533).

O princípio da culpabilidade desempenha duas funções importantes, pois é, ao mesmo tempo, fundamento da pena, garantindo a incidência da sanção com um objetivo preventivo de defesa social e também consagração da responsabilidade penal subjetiva, isto é, só se pode punir alguém com a privação da liberdade se atuou com dolo ou com culpa, já que a imputação como categoria exclusivamente objetiva não pode exercer nenhuma prevenção, já que pune sem que esteja ao alcance do agente a evitabilidade do fato.

Uma leitura constitucional do citado art. 28, inciso II, do *Codex* impõe, então, que se possa identificar, ao menos, a previsibilidade do delito na fase precedente à embriaguez total, o que preservaria o princípio *nullum crime sine culpa* e não representaria um retorno à *imputatio facti*.

É esta a proposta do ilustre Professor Jair Leonardo Lopes:

> É claro que, tanto na embriaguez voluntária como na culposa, as libações alcoólicas, que foram a sua causa, constituíram ação livre,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 455

> porém, pelo só fato de se embriagar, não se poderia dizer, como na embriaguez preordenada, que o agente, ao se embriagar, quisesse praticar qualquer crime ou tivesse previsto a possibilidade de praticá-lo. Isso é o que precisa ser provado, ou seja, que o agente, ao iniciar a ingestão do álcool, previu ou podia prever que, no estado de embriaguez posterior, pudesse vir a cometer crime. Sem este mínimo elemento psicológico, a punibilidade do agente, pelo crime praticado em estado de embriaguez completa, voluntária ou culposa, iria atritar-se com a exigência de, pelo menos, culpa em sentido estrito (*op. cit*., p. 149).

Também Heleno Cláudio Fragoso possui opinião semelhante:

> Não se aplica a teoria da *actio libera in causa* a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência (ao contrário do que se afirma na Exposição de Motivos do CP de 1940, nº 21). Se o fato delituoso praticado em estado de embriaguez, que conduz à incapacidade de entendimento e de autogoverno, não era sequer previsível, para o agente, no momento em que estava sóbrio, não há culpa, e só se pode admitir que estamos diante de hipótese anômala de responsabilidade objetiva. Essa deplorável solução foi adotada pela lei vigente em nome de mais eficaz repressão à criminalidade.

Resulta de todo o exposto que a teoria da *actio libera in causa* não pode ser aplicada indistintamente, sem que se analise o elemento subjetivo do agente no momento anterior ao fato: se assumiu o risco de embriagado cometer o crime, ou, se pelo menos, este lhe era previsível.

Acrescente-se que há precedente jurisprudencial no mesmo sentido dessa argumentação, *verbis*:

> Porém, ainda que tenha validade genérica, o preceito do art. 28, II, do Código Penal não se aplica sempre. Como anota Silva Franco, deve haver uma limitação, porque 'a embriaguez voluntária ou culposa, enquanto hipótese de responsabilidade pelo mero resultado, contraria a letra e o próprio espírito da Constituição Federal' (obra citada, p. 186-187). Para que não se trabalhe com responsabilização puramente objetiva, é preciso que se tenha um mínimo de cogitação - que não precisa ser especificamente ligado a um crime com todos os detalhes - de atividade voltada à prática de delitos antes da embriaguez (TACRIM - SP - Rel. Dyrceu Cintra - AC 860.713-8).

Com tais considerações, no caso em tela, todavia, não procedem as argumentações do apelante. É que não há prova nenhuma de que o réu estava em estado de embriaguez completa, sem capacidade de entender o caráter ilícito do fato.

É certo que o acusado afirma em seu interrogatório judicial que antes do fato estava em uma festa e havia feito uso de maconha e bebida alcoólica e, posteriormente, se encontrou com o co-réu Neel, o qual lhe passou uma arma, e alega, por fim, que não se lembra de nada, apenas que no dia seguinte Neel lhe havia dito que o mesmo teria atirado na vítima (f. 82).

No entanto, em sede policial, confessou o crime com riqueza de detalhes, narrando inclusive que os flanelinhas da rua os haviam informado de que a vítima estava com mais de 50 CDs originais no carro, o que os motivou a praticar o roubo. Afirmou ainda que anunciou o assalto, pedindo para a vítima não correr, tendo esta tentado fugir, momento em que atirou contra ela (f. 17/18).

Ora, como na fase policial se lembrou dos detalhes e, em juízo, veio a dizer que se lembrava apenas parcialmente? Frise-se que sua versão extrajudicial se encontra em total amparo às demais provas dos autos.

Saliente-se ainda que, no dia posterior ao crime, dirigiu-se à casa da testemunha André e lhe pediu para ali guardar sua arma, o que fez, enterrando-a no quintal dessa residência (f. 54).

Ademais, o réu afirma que ingeriu bebida alcoólica em uma festa, mas em nenhum momento fez prova do alegado. Pode ser que talvez se tenha embriagado sim, mas não a ponto de lhe retirar a capacidade de compreensão e discernimento, uma vez que narrou os fatos como aconteceram.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 456

As provas produzidas, inclusive a confissão, autorizam a dizer que a conduta do acusado não se enquadra nas exceções à teoria da *actio libera in causa* motivadas por embriaguez completa, mas sim na caracterização do elemento subjetivo do delito do art. 157, ou seja, o dolo.

Com efeito, não se desincumbindo a defesa de seu ônus de comprovar a embriaguez completa, não há como subsistir sua tese, pois nada há nos autos além da palavra do réu, de que havia realmente ingerido bebida alcoólica.

Reza o art. 156 do CPP que a prova incumbe a quem alega o fato, e, tendo a defesa alegado fato impeditivo, modificativo ou extintivo, cabe a ela comprová-los, o que não aconteceu nos autos.

As provas não são fracas, tal como alegado pela defesa do apelante. A tese da embriaguez como excludente de culpabilidade não pode prosperar. Inescusável, pois, a conduta do apelante.

No tocante à pena-base fixada em primeira instância, bem como a pena pecuniária, vejo que as mesmas merecem reforma. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem haver motivos que a justificassem elevada.

E, no tocante à pena pecuniária, esta deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

Passo assim à nova dosimetria da pena:

No que tange à culpabilidade, tenho-a como normal. Os antecedentes, a conduta social, a personalidade e as conseqüências, tal qual o Juiz *a quo*, devem ser tidas como favoráveis. As circunstâncias são desfavoráveis, pois ficaram vigiando a vítima, passando pelo local diversas vezes, até anunciar o assalto, além do que o local era próximo a uma boate, onde havia outras pessoas que podiam ser atingidas.

Fixo, pois, a pena-base pouco acima do mínimo legal, ou seja, em vinte e dois anos de reclusão e 30 dias-multa.

Pela atenuante da menoridade, reduzo a pena para o mínimo legal, tornando-a concreta e definitiva em vinte anos de reclusão e 10 dias-multa.

No mais, mantenho os demais termos da r. sentença fustigada.

5 - Conclusão:

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso defensivo, apenas para reduzir as penas do apelante, mantendo os demais termos da r. decisão objurgada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Vieira de Brito - De acordo.

O Sr. Des. Hélcio Valentim - Do recurso defensivo.

Quanto ao recurso defensivo, ponho-me de acordo com o eminente Relator, em todos os pontos de seu judicioso voto.

Acrescento, apenas, que, no caso dos autos, é de se reconhecer em favor do apelante, ainda, a atenuante da confissão espontânea, *data venia*. É que a sua confissão extrajudicial foi fundamental para a formação do convencimento tanto do douto Sentenciante (conforme se pode ver na sentença, às f. 167/170) quanto do e. Des. Relator (como se vê em seu judicioso voto agora proferido).

No caso dos autos, contudo, nenhuma mudança prática surtirá na dosimetria da pena esse reconhecimento, uma vez que a pena-base já foi fixada no mínimo legal e, segundo entendimento sumulado do STJ, "A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula 231).

O acerto da jurisprudência sumulada, determinando que a pena provisória deve ater-se aos limites do preceito secundário do tipo em análise, é ressaltado por Fernando Galvão. Confira-se:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 457

> Muito embora alguns doutrinadores e julgados sustentem entendimento diverso, o estabelecimento de um limite para a atenuação ou agravamento explica-se pelo fato de que, não havendo qualquer critério legal que determine o *quantum* de diminuição ou majoração, os parâmetros da cominação impedem que uma atenuante leve a pena-base a zero ou que uma agravante majore a pena acima do máximo previsto para o crime (*Direito penal* - Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 608).

De qualquer forma, ainda que, na prática, não haja uma redução na pena do apelante, entendo importante que conste do julgamento o reconhecimento da aludida atenuante.

Isso considerado, dou provimento parcial ao recurso defensivo, para entender aplicável, aqui, a atenuante da confissão espontânea, sem, contudo, alterar a pena fixada na sentença recorrida.

Com essas considerações, em preliminar de ofício, não conheço do recurso ministerial. Quanto ao recurso defensivo, acompanho o voto do ilustre Relator e a ele dou parcial provimento, mas de forma mais abrangente do que S. Ex.ª, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, sem, contudo, alterar a pena, fixada em 20 anos de reclusão e 10 dias-multa, estes no mínimo legal.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO MINISTERIAL E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO.

-:::-

TRÁFICO DE ENTORPECENTES - TESTEMUNHA - RETRATAÇÃO - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA - CAUSA DE AUMENTO - ADOLESCENTE - MENOR DE VINTE E UM ANOS - CAUSA DE DIMINUIÇÃO - RÉU PRIMÁRIO - BONS ANTECEDENTES - LEI MAIS BENÉFICA - APLICABILIDADE - CRITÉRIOS

Ementa: Apelação criminal. Tráfico. Prova robusta. Condenação mantida.

- Se na fase inquisitorial fica patente que o réu vendia drogas, a retratação das testemunhas que confessam temer o traficante tem especial relevo, porque seria mesmo comum a modificação da versão, até como forma de proteção à própria integridade física. Conflito de leis no tempo. Nova lei. Maior pena abstrata. Nova causa de diminuição que conduz a pena inferior. Análise em cada caso.

- Mesmo que a nova legislação apresente pena abstrata maior do que a lei revogada, constatado que, dependendo da fração matemática que se aplique à nova causa especial de diminuição de pena, se mostre mais benéfica, obrigatória a verificação da situação de benefício que depende de avaliação de cada caso ocorrido na vigência da norma revogada. Nova Lei de Tóxicos. Fato anterior à sua vigência. Causa especial de aumento e de diminuição do art. 40, VI, e do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Inteligência do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

- A nova causa de aumento e de diminuição de pena prevista na nova lei aplica-se retroativamente ao crime consumado sob a égide da lei anterior, quando presentes as hipóteses declinadas e desde que a pena a concretizar, vista sob a ótica das novas causas, se mostre mais benéfica, situação que dependerá da fração matemática que se aplicar. Tráfico. Causa especial de aumento e de diminuição de pena. Art. 40, VI, e art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Aferição de dedicação às atividades criminosas. Inadequação da condição. Afastamento. Aplicação.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 458

- Se o tráfico envolve menores, aplicável a nova causa de aumento, que tem como referência a pena da legislação atual, e, da mesma forma, presentes que estejam as condições de primariedade, bons antecedentes e ausência de prova de que o agente integre organização criminosa, impossível afastar a causa de diminuição, afastando-se a análise da dedicação às atividades que não foi qualificada na lei, porque a condição é colidente com a própria causa estabelecida. Ambos os recursos desprovidos, concedendo-se *habeas corpus* de ofício para readequar as penas aplicadas.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0696.06.025161-3/001 - Comarca de Tupaciguara - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Wesley Gomes Vieira - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Wesley Gomes Vieira - Relator: Des. JUDIMAR BIBER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, READEQUANDO A PENA, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2007. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Judimar Biber - Wesley Gomes Vieira, vulgo "Fura-Bolo", devidamente qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas penas do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, III, da Lei Federal 6.368/76.

Narra a peça pórtica que no dia 19.07.2006, por volta das 22 horas, na Rua Luiz Gomes de Campos, 162, Bairro Paineiras, Município de Tupaciguara, o denunciado, dolosamente, vendeu quatro pedras de substância entorpecente "cocaína-base", vulgarmente conhecida como crack, causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, para a adolescente A.C.N.S.

Consta ainda que o denunciado, visando à mercancia, tinha em depósito 1,75g (um grama e setenta e cinco centigramas) de substância entorpecente *cannabis sativa*, vulgarmente conhecida como "maconha" e oito pedras de crack, sendo que a prisão do denunciado somente foi possível uma vez que policiais militares presenciaram a adolescente supracitada saindo da residência do denunciado trazendo consigo as quatro pedras de crack, que havia acabado de adquirir, sendo que, ato contínuo, empreenderam diligências na sua residência, logrando êxito em apreender as citadas substâncias.

A denúncia foi recebida em 06.09.2006.

Após regular instrução criminal, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a denúncia e condenou o acusado pela prática do crime tipificado no art. 12, *caput*, c/c o art. 18, III, segunda parte, ambos da Lei Federal 6.368/76, cuja pena fora fixada em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 77 (setenta e sete) dias-multa, com cumprimento da pena em regime inicialmente fechado.

Inconformadas, apelaram da decisão ambas as partes.

Em suas razões recursais, pleiteia o MP (f. 115/122) a reforma da sentença no tocante à fixação do regime de pena inicialmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao réu em regime integralmente fechado.

O segundo apelante por sua vez, nas razões recursais trazidas às f. 124/129, pleiteia a reforma da sentença, ao argumento de que a única prova apresentada nos autos, depoimento de policiais, é por demais frágil, não merecendo credibilidade, sendo que a quantidade de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 459

substância apreendida e o modo como a mesma se encontrava acondicionada não são provas suficientes de mercancia, pleiteando a desclassificação do crime para o previsto no art. 16 da Lei Federal 6.368/76.

Intimadas para contra-razões, ambas as partes as apresentaram (f. 132/136 e 138/142).

Nesta instância revisora, a douta Procuradoria, em parecer lavrado às f. 148/153, opina para que seja negado provimento a ambos os recursos.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso porque presentes todos os requisitos do juízo de sua admissibilidade.

Por ser prejudicial ao recurso do Ministério Público, impõe-se a análise, com prioridade, do recurso aviado pela defesa, que pretende a absolvição do acusado pelo delito de tráfico, ou sua desclassificação para o delito de uso, fundado na argumentação de que não há provas nos autos para imputar ao réu a prática de tráfico, sendo que o depoimento policial não é prova contundente da existência de tráfico.

Consta dos autos que policiais militares, em 19.07.2006, presenciaram a menor infratora A.C.N.S. saindo da casa do autor Wesley Gomes Vieira, portando uma caixa de fósforo, a qual continha quatro pedras de crack, bem como dez reais em dinheiro, tendo a menor afirmado ter adquirido a substância do acusado Wesley.

Ato contínuo, os policiais dirigiram-se à residência do acusado Wesley, onde depararam com o mesmo, aparentemente, vendendo uma pedra de substância tóxica para A.E.A.S, com a qual encontraram cem reais em dinheiro, sendo ainda encontradas, dentro do tênis do acusado, oito pedras de crack.

A materialidade delitiva está corroborada pelo auto de apreensão de f. 16 e pelo laudo de constatação de f. 75.

Pretende a defesa afastar a condenação ao argumento de que inexistiriam provas a respaldar a condenação, contendo apenas depoimentos policiais que não seriam válidos para o édito condenatório, mas, ao contrário das suas alegações, a prova testemunhal produzida nos autos, mormente pelas menores que adquiriram a droga, é coesa em apontar o acusado como traficante; no entanto, a autoria é inconteste.

Segundo informou em juízo a testemunha (f. 81):

> [...] que, assim que a menor A.C. avistou a viatura policial, jogou no chão uma caixa de fósforo contendo quatro pedras de crack; que, ao ser abordada, ela confessou ter adquirido essa droga do acusado; que também esteve na residência do acusado, e, lá, o Sargento Vieira encontrou as demais drogas; que, segundo denúncias anônimas recebidas pela PM, na casa do réu funcionava ponto de venda de drogas; que não sabe se além de traficar o acusado também é viciado em drogas.

Segundo declarou a menor usuária, à f. 19:

> [...] que, perguntado para a declarante se a mesma é usuária de drogas, respondeu que sim, tendo começado a usar recentemente e usa maconha e crack; que, perguntado para a declarante de quem a mesma adquire drogas, respondeu que em todas as vezes adquiriu de Wesley Gomes Vieira, pagando dez reais pela pedra de crack e cinco reais por cada porção de maconha [...].

Também outra menor, também usuária, à f. 21, informa:

> [...] que, no carnaval do corrente ano, retornou para esta cidade, quando por umas duas vezes, salvo engano, adquiriu droga de Wesley Gomes Vieira, conhecido por 'Fura Bolo', tendo uma vez comprado um 'bral' (um cigarro de maconha), pelo qual acha que pagou três reais, e na data de ontem comprou 04 (quatro) pedrinhas de crack, pelas quais pagou R$ 30,00 (trinta reais); que, ontem à noite, por volta de umas 20 horas, a informante se dirigiu sozinha até a residência de Wesley, o qual estava na porta da residência, do qual adquiriu as quatro pedras de crack, pagando a importância de R$ 30,00 (trinta reais) [...].

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 460

Malgrado o réu negue a propriedade da droga, embora confesse a condição de usuário (f. 08, 51/52), as circunstâncias em que ocorreu o flagrante conduzem à certeza de que o apelante estava negociando pedras de crack, no momento da abordagem policial, sendo irrelevante o fato de ser ou não usuário.

De início, observo que as duas testemunhas menores, envolvidas como usuárias, dão coerente versão de que adquiriram drogas do réu mais de uma vez, sendo certo que também confessam o temor, quando da oitiva na fase inquisitorial, de que o réu, ciente da imputação, lhes fizesse algum mal, o que, aliás, é muito comum nos delitos de tráfico, em que impera, na maioria das vezes, a lei do silêncio.

O só contexto extraído dos testemunhos, aliado ao fato de que a versão apresentada na retratação de ambas não apresenta um mínimo de coerência, não deixa dúvida de que a retratação decorreu exatamente do receio inerente ao tráfico ilícito de entorpecentes, porque aqueles que se envolvem com tal atividade não têm escrúpulos na prática de violência como forma de acobertar o ilícito, e, por isso mesmo, geralmente, apresenta grande temibilidade frente à comunidade que os cerca.

De outro lado, não há dúvida de que os usuários, em geral, não têm nenhum interesse em aclarar o caso, seja em virtude do temor, seja em virtude do pessoal interesse em manterem um contato para satisfazer o vício, mormente na venda de crack, sendo mesmo atitude normal a retratação quanto ao envolvimento com narcotraficante.

A retratação das menores, por sua vez, conforme ressaltou a decisão hostilizada, não merece prevalecer, porque a riqueza de detalhes fornecida, aliado à ausência de maiores explicitações a respeito da retratação, mormente de detalhes a respeito, não deixa dúvida de que ambas as retratações não encontrariam respaldo na prova produzida.

Por sua vez, seria mesmo incrível a versão apresentada na fase policial no sentido de que uma das menores teria ganhado a droga de terceira pessoa, cujo nome desconhece e que residiria em Centralina, porque, em relação à primeira versão, seria mesmo incrível o contexto.

De outro lado, seria mesmo temerário supor que a segunda usuária tivesse realizado o depoimento da fase inquisitorial, coagida por agressões físicas de um policial, sem que tenha efetivamente guardado a sua descrição, mesmo porque o torturado raramente se esquece de seu algoz, fato que certamente a adolescente não tinha como alcançar em virtude de sua tenra idade.

A retratação não merece qualquer crédito, mas o fato é que, no contexto probatório dos autos, não fosse os testemunhos das usuárias quando do inquérito, ainda assim não haveria o menor espaço para a absolvição.

É que a testemunha de f. 78 dos autos, em harmonia com as demais declarações trazidas aos autos pelos policiais militares responsáveis pela prisão, não deixa dúvida de que a residência do réu é ponto conhecido de venda de drogas.

O entorpecente, por sua vez, estava acondicionado em doses unitárias, prontas para a venda e, não fosse o testemunho de f. 78, haveria denúncias anônimas no sentido de que o local é destinado à venda de drogas.

Foi apreendida razoável quantidade de substâncias entorpecentes, que são também diversas, e cujo conteúdo não seria compatível com a condição econômica do acusado, que se diz usuário de droga e de bebidas alcoólicas, quando não comprovou a existência de emprego fixo.

Logo, os veementes indícios constatados, quando da apreensão da droga, já seriam suficientes para a condenação, porque não deixam sombra de dúvida sobre a condição de traficante do apelante, que alienava substâncias entorpecentes, não dando a mínima se tal alienação fosse realizada pelas menores, que confessaram a aquisição.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:41 Page 461

De outro lado, não há uma só prova acerca das alegações produzidas pela defesa, antes pelo contrário, a prevalecerem as versões das testemunhas e os demais elementos de convicção coligidos, o crime de tráfico se impunha como única saída possível.

Quanto à tentativa do apelante de desmerecer a atuação policial, nunca é demais repisar que a jurisprudência dos nossos tribunais é iterativa no sentido de que os milicianos civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos pela simples condição funcional.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal:

> Processual penal. Penal. Testemunha policial. Prova. Exame.
> - I. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento.
> - II. Não é admissível, no processo de *habeas corpus*, o exame aprofundado da prova.
> - III. HC indeferido (STF - *HC* nº 76557/RJ - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - *DJU* de 02.02.2001, p. 73).

> Direito penal e processual penal. Crime de tráfico de entorpecentes, com qualificadora de associação (arts. 12 e 18, III, da Lei nº 6.368/76). *Habeas corpus*. Alegações de: 1) falta de justa causa para a ação penal; 2) vício na fixação da pena; 3) inaplicabilidade da qualificadora da associação (inciso III do art. 18), se esta não envolve menor de 21 anos de idade - alegações repelidas.
> - 1. Não há falta de justa causa para a ação penal, se a condenação se baseia não só em elementos informativos do inquérito policial, mas também em provas colhidas em juízo, com observância do princípio do contraditório.
> - 2. Não se pode afirmar, em tese, a invalidade de depoimentos de policiais, pelo simples fato de o serem, sem que outras razões justifiquem sua rejeição.
> - 3. Os elementos informativos e de prova, em que se baseia a condenação, devidamente fundamentada, não podem ser reexaminados, em profundidade, no âmbito estreito do *habeas corpus*.
> - 4. Não há vício na fixação da pena quando esta se faz com observância dos fatos e circunstâncias da causa e leva em conta os limites legais e o disposto no art. 59 e seus incisos do Código Penal, como no caso.
> - 5. Não procede a alegação de que a qualificadora do inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368, de 21.10.1976, só se justifica quando a associação envolve também menores de 21 anos de idade; ao contrário, basta que a associação se configure, mesmo entre maiores de idade.
> - 6. *HC* indeferido (STF - *HC* nº 72500/SP - Rel. Min. Sydney Sanches - Primeira Turma - *DJU* de 04.08.1995, p. 22.448).

Portanto, irretocável a bem-lançada decisão que condenou o réu nas iras do art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76.

Resta saber ainda se prevaleceria a causa de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei Federal 6.368/76 e se é possível a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Federal 11.343/06, já que a questão foi analisada sob a ótica do art. 12 da Lei Federal 6.368/76.

Em relação à causa de aumento, foi ela prevista expressamente no art. 40, VI, da atual Lei Federal 11.343/06, de modo a justificar sua manutenção no caso concreto, com as considerações que farei logo abaixo.

É que tanto a nova causa de aumento, como a nova causa de causa de diminuição, que podem resultar em operação matemática inferior àquela concretizada, merecem análise em cada caso, em decorrência da imposição legal do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que é taxativo no sentido de que a lei posterior, que de qualquer modo favoreça o agente, aplica-se aos fatos anteriores, mesmo que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Faço tal afirmação, tolhido pela constatação de que, muito embora a pena mínima abstratamente considerada para a nova

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 462

disposição do art. 33 da Lei Federal 11.343/06 e substitutiva do art. 12 da Lei Federal 6.368/76 se mostre muito superior àquela anteriormente prevista, o fato é que, diante das circunstâncias de cada caso, poder-se-ia, na terceira fase da fixação da pena, dependendo da fração matemática que se aplique em virtude das circunstâncias do caso, revelar-se a nova pena aplicada, mais benéfica do que aquela concretizada na sentença.

Tenho inclusive defendido a idéia de que a verificação deva ser feita indistintamente para todos os casos, inclusive de ofício, quando do recurso de apelação, presentes que estejam as condições da norma atual, até como forma de prevenir virtuais injustiças decorrentes do conflito das normas no tempo, mesmo porque tal situação prenuncia uma enorme economia processual se vislumbrarmos a ação revisional para obter o mesmo provimento, atraindo o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que impõe ao Tribunal a verificação da existência de coação ilegal quando dos recursos.

Como venho defendendo, presentes as condições, qualquer que seja a reprimenda concretizada com base na norma anterior seria indispensável verificar as condições da causa de aumento e da causa de diminuição, para se saber se a verdade matemática que se impõe ao final é ou não mais benéfica ao réu, ou se há virtual coação ilegal decorrente da pena concretizada.

Nelson Hungria, ao tratar do tema, adverte:

> Não se pode operar tendo em vista as penas *in abstracto*. A decisão justa é proceder-se à distinta aplicação hipotética de cada uma delas ao caso vertente, para ver qual a que resulta mais benigna (*Comentários ao Código Penal*. 2. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, tomo 1, v. 1, p. 109).

Na mesma linha de argumentação, Galeno de Lacerda, ao firmar:

> Para se verificar se a lei posterior favorece o agente, quando ela e a anterior mantêm a incriminação do fato, não havendo um critério doutrinário geral (145), é encarar cada caso, considerando separada e integralmente a lei anterior e a posterior e comparando-as pelo seu conteúdo, apreciar as diferenças de uma e de outra, que só excepcionalmente se apresentam favoráveis em todos os seus aspectos, sendo mais freqüente que se apresentem favoráveis em parte e em parte não (*Tratado de Direito Penal*. 2. ed. revista e atualizada, Editora José Konfino, p. 163).

Aplicável ou não, questão que só se deslindaria após a fixação da nova pena, ambas as causas seriam aplicáveis; no entanto, a causa de diminuição legislada exige certo esforço hermenêutico para sua integração, porque, se o fato de o beneficiário ser primário, de bons antecedentes e não integrar organização criminosa é de fácil constatação pelos elementos de prova colhidos, a exigência de não-dedicação do agente à atividade traz uma real contradição intrínseca à causa de diminuição.

Portanto, em relação à causa de diminuição, penso que, para que a ação desenvolvida e atribuída ao beneficiário encontre integração ao tipo penal repressor, seja como for, indispensável a sua dedicação, até como forma de cometimento do crime.

O só fato de o agente não apresentar antecedentes criminais, ser primário e não participar de organização criminosa, com todo respeito de outras posições, recomenda, se não impõe, a presunção de inexistência de dedicação às atividades esperada pelo legislador.

De outro lado, a verificação da dedicação do agente à atividade, que não foi qualificada na lei, se não pela integração de organização criminosa, poderia trazer o inconveniente de criar situações díspares para hipóteses absolutamente idênticas, dependendo da posição interpretativa mais ou menos branda que se dê a tal condição.

Adotando uma posição mais dura, não seria despropositado sustentar a assertiva de que, seja como for, todo condenado teria obrigatoriamente que se dedicar à atividade típica para merecer a condenação pelo tráfico que lhe

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 463

foi atribuído na sentença, o que levaria, por dedução lógica, à negação da própria existência de hipótese a legitimar sua integração, o que significaria negar vigência a todo o dispositivo legal.

Ao contrário, adotando uma posição mais branda, também não haveria qualquer despropósito de se concluir que, se a causa legislada apresenta outras condições que lhe seriam compatíveis e se há uma específica que representa um impedimento à sua integração, impossível seria lhe sustentar como condição válida para o benefício, aplicando-se, portanto, a causa de diminuição dentro das demais condições existentes, por afastamento da colisão.

Soluções intermédias poderiam ser sustentadas, e, por certo, haverá quem defenda a própria condição de não-dedicação prevista como válvula de escape à aplicação concreta da causa, mesmo porque, sem maiores esforços, já declinaria os casos dos menores infratores que atingiram maioridade com medida socioeducativa imposta por delito de tráfico, as virtuais absolvições anteriores por delito da mesma natureza, baseadas na falta de provas, as extinções da punibilidade alcançadas após sentença condenatória por prescrição retroativa e, até mesmo, a existência de veementes indícios de dedicação qualificada pela boa condição econômica, ou por outros elementos dos autos que conduzam à não-aplicação.

No entanto, não posso deixar de observar que a verificação da existência da condição de dedicação do agente suscita um elastério hermenêutico tal que a só indicação de sua existência inviabilizaria um seguro juízo a respeito de sua integração, de modo a justificar o afastamento das possíveis qualificações que lhe possam ser atribuídas, por não terem sido previstas na lei.

É que a vingar a possibilidade de tal qualificação, penso que se estaria a incentivar injustas composições interpretativas, que ficariam ao sabor das predisposições subjetivas daquele a que é atribuída a missão de deslindar o caso concreto, o que prenunciaria uma enorme diversidade interpretativa para o reconhecimento da causa, o que, sem dúvida, gera uma enorme perplexidade.

Não seria demasiado lembrar que o conteúdo da diminuição seria válvula de escape suficiente para conduzir a uma interpretação mais branda e tornar justa a reprimenda a ser imposta, mesmo porque, dentro das condições probatórias de cada um dos casos, o Juízo, utilizando do seu prudente arbítrio, poderá impor diminuição de 1/6 a 2/3 da pena, ou seja, considerando a reprimenda em 60 meses, poderá diminuir a pena de dez a quarenta meses, o que representaria uma enorme variação, capaz de justificar uma análise mais adequada à solução da insegurança representada pela condição de qualificação da dedicação do agente.

Se não há dúvida de que as duas posições interpretativas trazidas decorrem de dedução lógica extraída do infeliz texto legislativo produzido, a própria natureza benéfica da legislação, nessa hipótese, imporia ao intérprete a obrigação de optar por aquela que firmasse a existência da norma a ser interpretada e de sua plena integração ao mundo jurídico, de modo a justificar o afastamento da análise da própria condição e o acolhimento das demais como forma de integração suficiente a sua aplicação, prevenindo a virtual colisão e adotando posição mais objetiva em relação às condições integrativas da nova causa especial de diminuição.

Nesse contexto, penso que seria melhor prenunciar uma visão que não conduza a uma interpretação absolutamente elástica, ou puramente subjetiva, a fim de resguardar a própria causa de diminuição legislada, até como forma de sustentar sua aplicação isonômica.

É por essas relevantes razões que estou tomando partido a respeito do tema, pedindo escusas aos que possam entender de modo diverso, a fim de declinar que a só existência de bons antecedentes, primariedade e não-participação do réu em organização criminosa seria suficiente para atrair a aplicação da nova causa de diminuição legislada.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 464

No entanto, a par da visão interpretativa mais branda da colisão interna, não vejo como seja possível sustentar o hibridismo entre duas normas penais, porque, a vingar a interpretação da possibilidade de fusão de ambas, com a aplicação direta, tanto na causa de aumento como na causa de diminuição, previstas na nova lei, à pena concretizada sob égide da norma anterior, estaria o Poder Judiciário se imiscuindo com funções tipicamente legislativas, já que a só fusão representaria a criação de uma terceira norma absolutamente dissociada do contexto de ambas.

A só aplicação direta representaria verdadeira lesão ao princípio da isonomia, na medida em que suscitaria reprimenda desconforme com a nova ordem instituída a casos ocorridos fora de sua vigência temporal, criando uma situação subjetiva diversa entre condenados pelo mesmo fato e nas mesmas condições em momentos diferentes.

Representaria, ainda, a desconsideração da própria razão teleológica que animou o legislador à criação de ambas as causas, dentro do contexto da nova política antidrogas, cujo propósito seria sustentar o agravamento da anterior reprimenda penal existente para o tráfico, em virtude das novas condições sociais que entendeu válidas para delinear a nova política penal abstrata a ser considerada.

Por sua vez, as próprias causas de aumento e de diminuição vêm a reboque do agravamento da resposta penal pelo crime de tráfico e do abrandamento ao de uso, a nos dar segura orientação de que se mostraria injurídico o reconhecimento das causas especiais de aumento e de diminuição, tomando em consideração a pena concretizada na sentença sob égide da norma anterior.

É por esse mesmo motivo que se justifica a assertiva de que seria indispensável o afastamento da reprimenda fixada sob a ótica da norma anterior, para se chegar à verdade matemática, capaz de justificar a condição benéfica que suscitaria a aplicação de ambas ao caso concreto.

Vejamos o mestre Nelson Hungria:

> [...] preliminarmente, cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex* nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz, arvorando em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis (ob. cit., p. 106).

Na mesma linha, o não menos eminente Galeno de Lacerda:

> Não é permitido, porém, ao juiz aplicar ao mesmo caso, simultânea ou sucessivamente, disposição de leis distintas, porque seria aplicar uma lei que não existe. A lei escolhida deve ser aplicada em sua integridade, em todo seu regime (ob. cit., p. 163).

Também o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *HC* 68.416-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, publ. no *DJU* de 08.09.1992, em caso análogo; se não, vejamos:

> *Habeas corpus*. *Lex mitior*. Execução de sentença. Livramento condicional. Combinação de normas que se conflitam no tempo. Princípio da isonomia.
> - O princípio da retroatividade da *lex mitior*, que alberga o princípio da irretroatividade de lei mais grave, aplica-se ao processo de execução penal e, por conseqüência, ao livramento condicional, art. 5º, XL, da Constituição Federal e parágrafo único do art. 2º do Código Penal (Lei nº 7.209/84).
> - Os princípios da ultra e da retroatividade da *lex mitior* não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia.
> - *Habeas corpus* indeferido (*RTJ*, v. 142, p. 564).

Logo, meu posicionamento a respeito do tema é no sentido de que a aplicação possível tanto da causa de aumento, como da de diminuição, pressupõe a integral verificação da pena a concretizar com base na nova lei, para se ter a dimensão da possibilidade de sua aplicação a cada caso, afastando-se a análise, na causa de diminuição, da possibilidade de quali-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 465

ficação da condição de dedicação do agente às atividades criminosas, em face de sua colisão com a própria causa antevista e a natureza benéfica da nova disposição legislada.

Na hipótese dos autos, presentes que estejam as condições tanto da nova causa de aumento, como de diminuição, conforme acima dito, patente que o tráfico envolveu adolescentes, bem como patentes a primariedade, os bons antecedentes e a não-demonstração de que o apelante integre organização criminosa com os fins de tráfico, aplicáveis ambas as causas, sob o enfoque da nova pena.

Em consonância com o que decidiu o Juízo de 1º grau, no momento da fixação da pena-base, na forma das condições previstas no art. 59 do Código Penal, mormente aquelas já citadas na sentença, que justificam a existência de condições de pena superior ao mínimo legal, segundo o art. 33 da Lei Federal 11.343/06, fixo a pena-base, no mínimo legal, em 6 (seis) anos de reclusão e 600 dias-multa.

Inexistentes agravantes ou atenuantes, mantenho a pena como fixada.

Presente que esteja a condição da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei Federal 11.343/06, aumento a pena-base de 1/6, ou seja, de 12 (doze) meses e 100 dias-multa, que seria o maior valor matemático capaz de aumentar a pena concretizada, o que tornaria a pena equivalente a 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Considerando aplicável ao caso a nova causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Federal 11.343/06, bem como que as condições não autorizariam diminuição superior, em face das circunstâncias dos autos, mormente da necessidade de maior repressão aos delitos contra adolescentes, havendo condições desfavoráveis a orientar a pena-base, diminuo a pena fixada em 1/2 (um meio), tornando definitiva a pena privativa de liberdade em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e a pena de multa em 350 (trezentos e cinqüenta) dias-multa, resultando as operações em pena muito inferior àquela concretizada.

Considerando que a pena concretizada, segundo a ótica da nova disposição penal, é mais benéfica ao réu, muito embora a pena de multa seja exacerbada em relação àquela concretizada, porque preferível à manutenção das condições anteriores por óbvias razões, aplico a disposição constante do art. 2º do Código Penal e torno definitiva a pena fixada a cada um dos réus em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 350 (trezentos e cinqüenta) dias-multa.

Em relação ao valor unitário do dia-multa, assim como a ilustre decisão de 1º grau, fixo-lhe em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, em virtude das condições econômicas existentes nos autos.

Finalmente, pretende o Ministério Público modificar o regime penitenciário imposto na douta sentença de 1º grau, mas, nesse particular, sem delongas, em que pesem as razões lançadas, o Supremo Tribunal Federal, ainda que por escassa maioria, declarou a inconstitucionalidade de parte do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, no *Habeas Corpus* 82.959/SP, propiciando a progressão de regime a todos os condenados por crimes considerados hediondos ou a ele equiparados.

As atuais decisões daquela Corte Constitucional são todas no sentido da admissibilidade da progressão, posição que é liberalmente seguida no Superior Tribunal de Justiça, havendo idêntico posicionamento assentado nesta egrégia Câmara.

Não fossem os precedentes citados, não há dúvida de que deve ser aplicada retroativamente a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei Federal 8.072/90 pela Lei Federal 11.464/07, que não mais deixa qualquer dúvida de que a condenação por crime hediondo gera a imposição do regime inicialmente fechado, por força do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, já que a legislação é mais benéfica ao réu.

Logo, visto sob qualquer ângulo, não pode prevalecer a pretensão ministerial.

Diante do exposto, nego provimento a ambos os recursos, para, nos termos do art. 2º, c/c o art. 654, § 2º, do Código Penal, conceder

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 466

habeas corpus de ofício e aplicar o art. 33, *caput* e seu § 4º, o art. 40, VI, da Lei Federal 11.343/06 e o art. 1º da Lei Federal 11.464/07, por redundar tal operação em situação mais benéfica, condenando Wesley Gomes de Vieira à pena aflitiva de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado e 350 (trezentos e cinqüenta) dias-multa, tomados pelo valor unitário de 1/3 (um trigésimo) do salário mínimo.

Custas do recurso voluntário, pelo réu, imune o representante do Ministério Público, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Edelberto Santiago e Márcia Milanez.*

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, READEQUANDO A PENA.

-:::-

ABIGEATO - APROPRIAÇÃO INDÉBITA - RECEPTAÇÃO - QUADRILHA - CRIME CONTINUADO - CONCURSO MATERIAL - MATERIALIDADE - AUTORIA - LAUDO PERICIAL - REQUISITO - PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - FURTO QUALIFICADO - CAUSA DE AUMENTO DE PENA - REPOUSO NOTURNO - INAPLICABILIDADE

Ementa: Furto de gado. Apropriação indébita. Quadrilha e receptação. Preliminares. Perícia contábil. Prova que não se refere à materialidade do delito. Desnecessidade de assinatura de dois profissionais. Rejeita-se. Confissão dos co-réus. Depoimentos das testemunhas. Harmonia com as demais provas coligidas. Autorias comprovadas. Dosimetria das penas. Inaplicabilidade da causa de aumento do furto praticado em repouso noturno. Concurso entre agravantes e atenuantes. Adequação das penas.

- Se a prova pericial não se refere à materialidade dos crimes tratados, mas se destina apenas à complementação da prova, não há falar na sua submissão à regra do art. 159 do Código de Processo Penal, devendo a mesma ser analisada com base no livre convencimento do julgador.

- A confissão praticada pelos réus, acerca dos abigeatos praticados e da associação estável entre eles, em harmonia com o restante da prova coligida, termina por comprovar o acerto da condenação abraçada na sentença, que fica mantida.

- Em se tratando de furto qualificado, não se aplica a causa de aumento do § 1º do art. 155 do Código Penal, que, por sua posição topográfica e em razão do maior apenamento do delito qualificado, é aplicável somente ao furto simples, previsto no *caput*.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0702.01.029982-5/001 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: 1º) Ariosvaldo Giroldo, 2º) Lázaro Alves Ferreira, 3º) Assistente do Ministério Público, 4º) Alexandre Pereira Filho, 5º) Valdir Flor, 6º) Lourival Soares de Oliveira - 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 NÃO CONHECER DO RE-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 467

CURSO DE LOURIVAL SOARES DE OLIVEIRA. REJEITAR AS PRELIMINARES. NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DE LÁZARO ALVES FERREIRA E DO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS DEMAIS RECURSOS E, EM FACE DA *REFORMATIO IN MELIUS*, DIMINUIR A PENA DE DÍLSON PEREIRA DOS REIS E LOURIVAL SOARES DE OLIVEIRA.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2007. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo 2º apelante, o Dr. Rogério Inácio de Oliveira.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Na 2ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia, Ariosvaldo Giroldo, Lázaro Alves Ferreira, Alexandre Pereira Filho, Valdir Flor e Lourival Soares de Oliveira, já qualificados, foram condenados e apenados da seguinte forma:

- Ariosvaldo Giroldo, incurso nas sanções do art. 180, *caput*, na forma do art. 71, e do art. 288, todos do Código Penal, em concurso material, apenado com 02 (dois) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime semi-aberto, e 22 (vinte e dois) dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo, pena unificada;

- Lázaro Alves Pereira, incurso nas sanções do art. 155, §§ 1º e 4º, II e IV, c/c o art. 71; do art. 168, § 1º, III, c/c o art. 71, e do art. 288, todos do Código Penal, em concurso material, apenado com 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 64 (sessenta e quatro) dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo, pena unificada para todos os delitos;

- Alexandre Pereira Filho, incurso nas sanções do art. 155, §§ 1º e 4º, II e IV, c/c o art. 71, e do art. 288, todos do Código Penal, em concurso material, apenado com 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime semi-aberto, e 29 (vinte e nove) dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo, pena unificada;

- Valdir Flor, incurso nas sanções do art. 155, §§ 1º e 4º, II e IV, c/c o art. 71, e do art. 288, todos do Código Penal, em concurso material, apenado com 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo, pena unificada, e;

- Lourival Soares de Oliveira, incurso nas sanções do art. 155, §§ 1º e 4º, II e IV, do Código Penal, apenado com 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime aberto, e 25 (vinte e cinco) dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo, tendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, na forma especificada na sentença.

Segundo a denúncia, em 22 de fevereiro de 2001, na Fazenda Douradinho, nas proximidades do Bairro Morada Nova, zona rural da Comarca de Uberlândia, policiais militares apreenderam em poder do denunciado Valdir Flor certa quantidade de reses bovinas, subtraídas do imóvel rural de propriedade da vítima Antônio de Vasconcelos, ocasião em que também foram presos os demais denunciados, que se associaram de forma estável e orientada para a subtração de gado, figurando Lázaro Alves Ferreira como o arquiteto da operação; Alexandre Pereira Filho, Dílson Pereira dos Reis e Lourival Soares de Oliveira como responsáveis pela separação e desvio das reses; Valdir Flor, ocupado com o embarque e transporte dos animais, e Ariosvaldo Giroldo, que procedia à receptação dos produtos do crime.

Na mesma decisão, foi o co-denunciado Dílson Pereira dos Reis condenado incurso nas sanções do art. 155, §§ 1º e 4º, II e IV, c/c o art. 71, e do art. 288, todos do Código Penal, em concurso material, apenado com 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 468

em regime semi-aberto, e 29 (vinte e nove) dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo, enquanto Cícero José Martins foi absolvido das acusações.

Inconformados, recorreram Ariosvaldo Giroldo, Lázaro Alves Ferreira, Alexandre Pereira Filho, Valdir Flor, Lourival Soares de Oliveira e o assistente de acusação.

O primeiro traz preliminar de extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva pela pena *in concreto* e, no mérito, pede sua absolvição quanto ao crime de quadrilha, escudado na consunção havida com a receptação, pleiteando, também, a adequação do regime prisional e a substituição da pena.

O segundo articula preliminar de nulidade da prova pericial em razão de haver sido a perícia subscrita por apenas um *expert* e por ausência de compromisso, e, ainda, preliminar de cerceamento de defesa, por inércia do juízo na análise dos pedidos formulados pela defesa e, no mérito, pede sua absolvição, com base no teor da prova coligida.

O assistente de acusação pugna pelo reconhecimento da circunstância inscrita no § 1º do art. 155 do Código Penal em relação a todos os réus, bem como pela majoração das penas-base dosadas para todos os crimes, com o conseqüente aumento das reprimendas impostas.

O quarto recorrente pede o reconhecimento dos benefícios contidos na Lei nº 9.807/99, bem como a absolvição quanto ao crime de quadrilha, forte na tese de insuficiência probatória, além da desclassificação do furto para o crime de apropriação indébita e, alternativamente, a revisão da dosimetria da pena, a modificação do regime prisional e a substituição.

O réu Valdir Flor, da mesma forma, requer o perdão judicial tipificado na Lei nº 9.807/99 e sua absolvição quanto aos crimes, com base na prova coligida ou, alternativamente, a desclassificação para o delito de tentativa de receptação, bem como a exclusão da continuidade delitiva, além da revisão do cálculo das penas, alteração do regime e concessão de pena substitutiva.

Por fim, Lourival Soares de Oliveira, em suas razões, sustenta fazer jus ao perdão judicial previsto na Lei nº 9.807/99 e, no mérito, pede a desclassificação para o crime do art. 168 do Código Penal, visto que não houve furto, e sim apropriação dos valores da venda de gado, ou, alternativamente, a revisão da pena, inclusive o regime, e sua substituição por restritiva de direitos.

O Ministério Público apresentou contra-razões, pugnando pelo provimento parcial dos apelos defensivos apenas em relação à aplicação da atenuante da confissão espontânea, sem especificar para quais recorrentes seria cabível.

As partes apresentaram contra-razões, pedindo o indeferimento do apelo da assistência, tendo Ariosvaldo Giroldo argüido preliminar de extinção da punibilidade em razão da prescrição.

Os autos foram à Procuradoria-Geral de Justiça em 03.11.2005, f. 1.566, retornando com parecer somente em 10.08.2006, f. 1.566-verso, opinando no sentido do acolhimento da preliminar argüida pelo primeiro recorrente e, no mais, abraçando a conclusão da sentença.

Diligência por mim determinada à f. 1.576 permitiu que os autos fossem contra-arrazoados na origem, retornando a este Sodalício para julgamento em 21 de março de 2007.

No essencial, é o relatório.

De início, observo que o recurso aviado por Lourival Soares de Oliveira não pode ser conhecido, por intempestivo.

A sentença foi publicada no órgão oficial em 09.03.2005, f. 1.397, com a intimação pessoal do réu em 15.03.2005, certidão de f. 1.405.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 469

Não cuidou o condenado de interpor recurso no qüinqüídio legal, vindo aos autos somente a petição contendo as razões recursais com protocolo datado de 16.05.2005, f. 1.453/1.457, flagrantemente extemporânea, pelo que não conheço do apelo.

Em relação ao recurso do assistente de acusação, inexiste qualquer irregularidade a ser sanada, ao contrário do que alega o 1º recorrente às f. 1.432/1.434, merecendo conhecimento.

Cumpre observar que inexiste norma que vede a apresentação de razões pelo assistente na 2ª instância, nos termos do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Ademais, ao assistente da acusação é conferida a legitimidade para oferecimento de recurso quando o órgão acusatório do Estado não o faz, denominada secundária ou supletiva, salientando que a doutrina majoritária aceita o inconformismo do ofendido não só contra a absolvição do réu, mas também para pleitear o aumento da pena (conferir Guilherme de Souza Nucci, in *Código de Processo Penal comentado*, 3. ed., RT, p. 897/898), inexistindo vedação quanto ao cabimento do recurso no art. 598 do Código de Processo Penal.

Assim, não conheço do recurso aviado por Lourival Soares de Oliveira e conheço dos demais, presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade.

Não merece acolhimento a preliminar de extinção da punibilidade argüida por Ariosvaldo Giroldo.

O prazo prescricional para cada uma das penas aplicadas ao recorrente, por infração aos arts. 180 e 288 do Código Penal, é de 04 (quatro) anos, a teor dos arts. 109, V, e 119, todos do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 09.03.2001, f. 485, tendo sido a sentença publicada em cartório em 07.03.2005, f. 1.396-verso, ou seja, dois dias antes que transcorresse a baliza prescricional.

Registre-se apenas que o marco previsto no art. 117, IV, refere-se à data da publicação da sentença nas mãos do escrivão, nos termos do art. 389 do Código de Processo Penal e da posição consolidada no STF (*RTJ* 58/781), e não à publicação da decisão no órgão oficial, que serve para contagem do prazo recursal das partes.

Rejeito a preliminar.

A defesa de Lázaro Alves Pereira traz preliminar de nulidade da prova pericial, ao fundamento de que apenas um perito firmou o laudo, o que contraria o disposto no art. 159 do Código de Processo Penal.

O laudo pericial apontado encontra-se juntado às f. 1.171/1.187, assinado apenas pelo perito-contador João Osório Bomfiglio Retamal.

A respeito da perícia combatida, urge salientar que não era a mesma destinada a comprovar a materialidade delituosa, não sendo, portanto, requisito de validade do processo, constituindo apenas mera complementação do teor dos documentos juntados pelas partes, tendo o Juiz nomeado perito não oficial para sua confecção, em atenção ao princípio da busca da verdade real.

Assim, não há que se falar em nulidade absoluta em razão da circunstância apontada, inexistindo irregularidade na produção da prova ou no fato de estar assinada apenas por um perito.

Por oportuno, observando-se o teor da decisão condenatória, noto que a mesma se valeu da totalidade do acervo probatório para justificar a condenação, não sendo a perícia fundamental nesta conclusão, sendo certo, ainda, que não cuidou o recorrente de apontar em que teria sido prejudicado pela mencionada prova.

Assim, rejeito a preliminar.

A segunda prefacial diz respeito à inércia do Juízo quanto ao exame do pedido formulado

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 470

pelo 2º recorrente para quebra de sigilo bancário da vítima, às f. 588/593.

O reconhecimento do aludido cerceamento de defesa carece de demonstração específica, na medida em que não cuidou o recorrente de esclarecer, em suas razões, por qual razão a quebra do sigilo bancário da vítima contribuiria para comprovar sua inocência.

A alegação de que o pedido não foi analisado pelo Juízo falece diante do fato de que não foi o mesmo reafirmado na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, conforme se vê às f. 1.082/1.085, deixando o réu para formalizá-lo somente nas alegações finais.

De fato, parece-me despropositado o requerimento, não se verificando qualquer prejuízo à defesa, considerando ainda que, em matéria de conflito de princípios constitucionais, em jogo também os direitos à propriedade e privacidade da vítima, não há falar em cerceamento de defesa sem razões claras a indicar como a quebra de sigilo ajudaria a preservar a liberdade do réu.

Rejeito a preliminar.

No mérito, examino conjuntamente os apelos defensivos, em face da identidade da matéria.

Exsurge dos autos que, atendendo à denúncia da vítima, a Polícia se dirigiu à fazenda onde havia sido praticado o abigeato e, no trajeto, logrou abordar o réu Valdir e o co-denunciado Cícero no exato momento em que transportavam 08 (oito) cabeças de gado furtadas.

Na oportunidade, Valdir confessou a prática das subtrações, indicando a participação dos co-réus, o que possibilitou a prisão de todos eles.

A materialidade quanto ao furto restou positivada pelo auto de prisão em flagrante, pelos autos de apreensão de f. 24 e de avaliação, à f. 26.

Ouvidos em juízo, os irmãos Dílson Pereira dos Reis e Alexandre Pereira Filho, às f. 537/538 e 539/540, confessaram parcialmente os fatos, esclarecendo que furtaram gado na fazenda em que trabalhavam e venderam ao co-réu Valdir, que, por sua vez, comprava as reses para o réu Ariosvaldo, tendo Lourival participado de apenas uma das subtrações, aduzindo que Lázaro praticava venda de gado na fazenda para terceiros sem autorização do proprietário.

Lourival Soares de Oliveira, às f. 535/536, confirmou sua participação em um dos furtos, mas informou que Lázaro também vendia gado que não lhe pertencia, embora de forma autônoma.

Valdir Flor, às f. 543/544, relatou que por duas vezes comprou gado furtado junto a Dílson e Alexandre, a mando de Ariosvaldo, pessoa que fornecia o caminhão para o transporte das reses, negando qualquer relação com Lázaro.

A testemunha Sinval Delfino de Oliveira, às f. 959/961, relatou ser ex-funcionário da fazenda da vítima e que, no período, presenciou por várias vezes vendas clandestinas de gado por parte do réu Lázaro, o mesmo sendo dito por Anilton Moreira dos Santos, às f. 968/970.

Aldo Alves de Araújo, às f. 965/967, confirmando suas declarações prestadas na fase policial, relatou que foi empregado do réu Valdir e, nessa qualidade, foi-lhe determinado que auxiliasse no transporte clandestino de gado praticado no período noturno na Fazenda Douradinho, o que fez por duas vezes.

Informou, ainda, que, em ambas as ocasiões, estavam presentes os réus Alexandre, Dílson e Lourival e que, durante o embarque, Valdir mantinha contatos telefônicos com Ariosvaldo e Lázaro, comentando o envolvimento deste último.

As declarações de imposto de renda do recorrente Lázaro juntadas às f. 855/858 confirmam a aquisição de patrimônio e o aumento de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 471

renda incompatíveis com a atividade de gerente que dizia exercer, o que constitui forte evidência das apropriações praticadas.

Da mesma forma, o confronto entre os depoimentos de f. 973/975, 1.065/1.068 e 1.077/1.080, além da perícia de f. 1.172/1.187, comprovam o prejuízo suportado pela vítima, fruto das subtrações, já que a propriedade rural deixou de propiciar lucro oriundo da venda de gado, demandando cada vez mais investimentos e aporte de recursos para se sustentar.

Balizada a prova, outra conclusão não há senão confirmar a condenação, tal como posta na sentença, que analisou de forma cuidadosa e exaustiva os indícios coligidos.

Demonstrou-se que os furtos eram praticados na forma de vendas clandestinas, sendo o gado separado como se fosse para venda e, após, subtraído da fazenda, sem registro da transação, o que era feito e organizado por Lázaro, administrador da propriedade, tendo ele se apropriado dos numerários auferidos, acumulando considerável patrimônio, associando-se aos demais co-réus, empregados da fazenda, para possibilitar e facilitar os abigeatos.

Embora as declarações dos co-réus não apontem o envolvimento de Lázaro na quadrilha, há notícias acerca de vendas ilícitas praticadas por ele ao longo do tempo a pessoas diversas, sendo certo que a forma e a habitualidade com que eram cometidos os furtos permitem concluir que a participação dos réus Alexandre, Dílson e Lourival se deu em momento posterior, como continuação de uma atividade que já era habitualmente praticada com Valdir e Ariosvaldo.

Ademais, tendo em vista a complexidade e o tamanho da operação demonstrada nos autos, é válido concluir que a mesma somente poderia ser levada a cabo com o concurso estável de várias pessoas, haja vista a quantidade de furtos praticados.

Restou demonstrado, inclusive confessado pelos réus, que Alexandre e Dílson se associaram a Lázaro e Valdir, este último com a função de comprar o gado subtraído, transportá-lo e repassá-lo a Ariosvaldo, que também estava em unidade de desígnios com os demais e fazia a compra das reses, para vender a carne em seu açougue, fornecendo, inclusive, o caminhão para o frete clandestino, tendo Lourival participado de forma consciente de um dos furtos.

As divergências apontadas nas vastas razões recursais de Lázaro em relação às declarações da vítima não são suficientes para elidir as conclusões da sentença, não apresentando nenhuma prova suficiente à comprovação da não-participação do recorrente nos crimes, não demonstrando de forma efetiva a inimizade entre Lázaro e as testemunhas Aldo e Sinval.

A questão acerca da permissão do recorrente para vender gado fora de leilões sem nota também não se mostra apta a justificar os desfalques noticiados e a redução do rebanho, uma vez que não se demonstrou o ingresso de numerário na contabilidade da propriedade rural, inexistindo documentação originada das vendas ditas lícitas e permitidas por ele realizadas.

Assim, em relação a Lázaro, restou demonstrada a prática de ambas as condutas, furto e apropriação indébita, uma vez que, num primeiro momento, apropriou-se de bem móvel de que tinha a posse lícita, vendendo gado que estava sob sua guarda e retendo o numerário e, em seguida, concorreu para a prática dos furtos das reses pelos co-réus.

Da mesma forma, impossível falar em consunção quanto aos crimes de quadrilha e receptação, tese de defesa do réu Ariosvaldo, não se mostrando o primeiro como meio para a prática do segundo, decorrendo os delitos de condutas e desígnios independentes entre si.

Conforme já devidamente rechaçada na sentença combatida, a pretensão de reconhecimento do perdão judicial e da redução de pena previstos nos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 472

não pode ser acolhida, já que não houve colaboração efetiva de nenhum dos recorrentes para o processo criminal, sendo a totalidade dos fatos posteriormente apurada por via de investigação.

Os réus Alexandre e Valdir pedem a desclassificação do crime de furto para apropriação e receptação, porém o que se vê do teor da prova, principalmente das circunstâncias do flagrante, comprovadas em juízo, é que os mesmos se apropriaram de coisa alheia móvel, da qual não possuíam a guarda em razão de ofício, esta atribuída somente ao coréu Lázaro, inexistindo espaço para a adoção de outra conduta delituosa.

No caso de Valdir, apesar de haver pago em dinheiro pelas reses, não se trata a conduta de receptação, mas de mera repartição do produto do crime, pois o gado era repassado para Ariosvaldo, este sim o verdadeiro receptador, que as abatia e vendia em seu açougue.

As informações prestadas pela testemunha Aldo Araújo, que se encontram em harmonia com o restante da prova, impedem o reconhecimento da atipicidade da conduta em relação a Valdir Flor, sendo certo que o mesmo tinha plena consciência de que transportava produto de furto, contribuindo, assim, de forma efetiva para a prática desse crime, nada havendo que ser reparado nesse ponto.

Por fim, comprovadas a autoria, a tipicidade e a materialidade dos delitos, outra solução não há senão subscrever a condenação abraçada na sentença, sendo certo que merece ser prestigiado o trabalho do douto Juízo monocrático, que, em contato direto com as partes e com a prova, teve melhores condições de avaliar os fatos e de extrair a verdade real.

A dosimetria da pena é objeto do recurso do assistente de acusação e, neste ponto, verifica-se descabida a pretensão de majoração da pena em razão da agravante do art. 61, II, *f*, do Código Penal, já que a relação laboral existente entre os réus e a vítima não caracteriza abuso de autoridade ou prevalecimento de relações domésticas.

Observo, ainda, que os réus foram também condenados no crime do art. 288 do Código Penal, pelo que não deve constar a qualificadora do inciso IV, § 4º, do art. 155 do Digesto Penal, sob pena de caracterizar *bis in idem.*

Em relação ao § 1º do art. 155 do Código Penal, vejo que, de fato, embora tenha o Juiz considerado a circunstância na tipificação do crime, deixou de aplicar a causa de aumento no cálculo da pena.

No entanto, a meu aviso, embora tenham as subtrações sido praticadas no período noturno, não pode essa causa de aumento ser considerada na dosimetria.

É que tenho entendimento no sentido da aplicação da majorante somente em relação ao furto simples, previsto no *caput*, e não ao delito qualificado, pela sua posição topográfica na estruturação do tipo penal.

A doutrina mais abalizada entende que as circunstâncias que envolvem o furto qualificado são graves o suficiente para determinar justa punição ao autor da infração penal, tendo em vista, principalmente, o aumento das penas, descabendo, assim, novo aumento em razão do § 1º do art. 155 do Código Penal.

Nesse sentido, confira-se em Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal comentado, 4*. ed., RT, p. 519/520 e em Rogério Greco, *Curso de direito penal - parte especial*, Niterói: Impetus, 2006, v. 3, p. 22.

E, ainda, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Penal. Furto qualificado (art. 155, § 4º, IV, do CP). Incidência da causa especial de aumento do § 1º (repouso noturno). Impossibilidade. - 1 - A causa especial de aumento do § 1º do art. 155 do CP (repouso noturno) somente incide sobre o furto simples, sendo, pois, descabida a sua aplicação na hipótese de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 473

delito qualificado (art. 155, § 4º, IV, do CP). Precedentes jurisprudenciais.
- 2 - Ordem concedida (STJ - *Habeas Corpus* nº 10240/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 21.10.1999, *DJU* de 14.02.2000, p. 79).

A qualificadora do abuso de confiança comunica a todos os réus, à exceção de Ariosvaldo, por constituir meio para a prática do furto, correta a sentença neste ponto.

Assim, quanto ao réu Lázaro Alves Ferreira, correta a fixação das penas-base nos valores mínimos, considerando que sua culpabilidade não destoa daquela ínsita aos tipos penais, inexistindo antecedentes desabonadores e sendo favorável o restante das circunstâncias judiciais.

Também são devidos os aumentos decorrentes da agravante prevista no art. 61, II, *h*, do Código Penal e da continuidade delitiva.

Fica mantido o regime prisional semi-aberto para o início do cumprimento da pena unificada, tendo em vista que a prática dos crimes de furto qualificado e de quadrilha recomenda maior severidade na execução.

Assim, fixo o regime aberto para todos os crimes praticados.

Correto o valor de 1/20 do salário mínimo para o dia-multa, pela situação econômica comprovada nos autos.

Incabível a substituição da pena pelo não-cumprimento do requisito objetivo.

Quanto ao réu Alexandre Pereira Filho, deve ser compensada a atenuante da confissão com a agravante do crime praticado contra idoso, permanecendo a pena no patamar mínimo. Assim, com o aumento de 1/6 (um sexto) pelo crime continuado, resta a mesma concretizada em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa.

Fica mantida a pena fixada para o crime de bando, bem como o regime prisional, nos moldes da decisão recorrida, modificado, porém, o valor do dia-multa, que deve ser o mínimo legal, diante da ausência de prova da situação econômica do réu.

Deixo de substituir a pena por não considerá-la suficiente à efetiva reprovação dos delitos, tendo em vista, principalmente, tratar-se de furto e de quadrilha, que constituem delitos autônomos.

Para o réu Dílson Pereira dos Reis, cujo aumento de pena é objeto do recurso da acusação, sua situação mostra-se idêntica à do co-réu Alexandre, inexistindo óbice para que se reconheçam em seu favor o concurso entre agravantes e atenuantes e a redução do valor do dia-multa, o que faço por via de *reformatio in melius.*

Assim, permanece o mesmo condenado incurso nas sanções do art. 155, § 4º, II, c/c o art. 71, e do art. 288, todos do Código Penal, em concurso material, apenado com 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime semi-aberto, e 23 (vinte e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, pena unificada para ambos os crimes. Também aqui deixo de substituir a pena por ser tal medida insuficiente à efetiva reprovação do crime.

Embora não conhecido o recurso do co-réu Lourival Soares Oliveira, também estabeleço em seu favor o concurso entre as agravantes e atenuantes reconhecidas na sentença, por via de *reformatio in melius*, correta a pena-base fixada, pelo que fica a reprimenda concretizada em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mantido o regime aberto, devendo o dia-multa valer no mínimo legal, em razão da ausência de prova de sua situação econômica.

Mostra-se acertada a substituição de sua pena, tal como colocado na sentença.

Para o recorrente Valdir Flor, verifica-se que a pena-base para o furto foi fixada um pouco acima do mínimo legal devido aos seus

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 474

antecedentes desabonadores, conforme se vê às f. 1.362/1.364, sendo que a multiplicidade de condenações permite que uma delas seja tomada à guisa de antecedentes e, a outra, como reincidência.

Aqui, mostra-se correto o aumento de pena em razão das circunstâncias agravantes e atenuantes, uma vez que, ao se estabelecer o concurso, conquanto seja possível compensar a confissão com a reincidência, remanesce a agravante do crime cometido contra idoso.

O aumento em razão da continuidade delitiva também se mostra correto, bem como a pena fixada para o delito de quadrilha, não merecendo reparo.

O regime prisional para o cumprimento da pena de furto será o fechado, enquanto que para o crime de associação deverá ser o semi-aberto, em razão da reincidência.

O valor do dia-multa, porém, será o mínimo legal, em virtude da ausência de fundamentos que justifiquem a fixação de patamar superior; impossível a substituição da pena por não lhe assistir o requisito objetivo.

Finalmente, para o réu Ariosvaldo Giroldo observo que, ao contrário do que foi alegado no recurso do assistente de acusação, as circunstâncias judiciais foram corretamente analisadas na sentença, não sendo a culpabilidade divorciada daquela normalmente verificada nesses crimes, não se mostrando deformada sua personalidade e não sendo desfavoráveis os motivos verificados.

Assim, mantém-se a pena dosada para ambos os crimes, bem como o aumento decorrente da continuidade delitiva e o valor do dia-multa, visto que era comprovadamente dono de um comércio rentável.

O regime prisional deve ser o aberto para ambos os crimes, devido ao *quantum* das penas e às circunstâncias judiciais favoráveis.

Da mesma forma, merece reparo a sentença para reconhecer em seu favor o direito à substituição da pena, já que o somatório das reprimendas não impede a concessão, pelo que substituo as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, no importe de 02 (dois) salários mínimos, e prestação de serviços à comunidade, em favor de entidade a ser especificada no Juízo da Execução.

Do exposto, não conheço do recurso interposto por Lourival Soares de Oliveira, nego provimento ao recurso do assistente de acusação e ao recurso aviado por Lázaro Alves Ferreira e dou parcial provimento aos demais, e ainda opero a *reformatio in melius* quanto aos condenados Dílson Pereira dos Reis e Lourival Soares de Oliveira, permanecendo os réus condenados da seguinte forma:

- Ariosvaldo Giroldo, incurso nas sanções do art. 180, *caput*, na forma do art. 71, e do art. 288, todos do Código Penal, em concurso material, apenado com 02 (dois) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime aberto, e 22 (vinte e dois) dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo, substituída a pena por duas restritivas de direito, na forma acima descrita;

- Lázaro Alves Pereira, incurso nas sanções do art. 155, § 4º, II, c/c o art. 71; do art. 168, § 1º, III, c/c o art. 71, e do art. 288, todos do Código Penal, em concurso material, apenado, quanto ao primeiro, com 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 37 (trinta e sete) dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo; para o segundo, com 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 27 (vinte e sete) dias-multa, no mesmo valor, e, para o delito de formação quadrilha, com 01 (um) ano de reclusão, todos no regime semi-aberto;

- Alexandre Pereira Filho, incurso nas sanções do art. 155, § 4º, II, c/c o art. 71, e do art. 288, todos do Código Penal, em concurso material, apenado, quanto ao primeiro, com 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, e, para o delito de formação quadrilha, com 01 (um) ano de reclusão, ambos no regime semi-aberto;

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 475

- Dílson Pereira dos Reis, incurso nas sanções do art. 155, § 4º, II, c/c o art. 71, e do art. 288, todos do Código Penal, em concurso material, apenado, quanto ao primeiro, com 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, e, para o delito de formação quadrilha, com 01 (um) ano de reclusão, ambos no regime semi-aberto;

- Valdir Flor, incurso nas sanções do art. 155, § 4º, II, c/c o art. 71, e do art. 288, todos do Código Penal, em concurso material, apenado, quanto ao primeiro, com 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime fechado, e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, para o furto, e 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, no regime semi-aberto, para o crime de associação;

- Lourival Soares de Oliveira, incurso nas sanções do art. 155, § 4º, II, do Código Penal, apenado com 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo, tendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, na forma especificada na sentença.

Fica mantida a sentença quanto ao restante.

Custas, de lei.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO DE LOURIVAL SOARES DE OLIVEIRA. REJEITARAM AS PRELIMINARES. NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS DE LÁZARO ALVES FERREIRA E DO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS DEMAIS RECURSOS E, EM FACE DA *REFORMATIO IN MELIUS,* DIMINUÍRAM A PENA DE DÍLSON PEREIRA DOS REIS E LOURIVAL SOARES DE OLIVEIRA.

-:::-

RECEPTAÇÃO QUALIFICADA - FURTO - CORRUPÇÃO DE MENORES - POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO - PROVA INDICIÁRIA - PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* - ABSOLVIÇÃO - AMEAÇA - REPRESENTAÇÃO - RETRATAÇÃO EXTEMPORÂNEA - INADMISSIBILIDADE - PROVA - CONDENAÇÃO - DENÚNCIA - INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - CONCURSO DE CRIMES - COMPETÊNCIA JURISDICIONAL - JUSTIÇA COMUM

Ementa: Crime de ameaça. Preliminar. Rejeição. Retratação da vítima após o oferecimento da denúncia. Ineficácia. Prova suficiente. Condenação mantida. Recurso defensivo desprovido. Furto qualificado. Corrupção de menores. Posse ilegal de armas de fogo. Receptação qualificada. Preliminar. Documentação juntada aos autos extemporaneamente. Rejeição. Ausência de prejuízo. Autoria em relação aos delitos. Conjunto probatório duvidoso e insubsistente. Meros indícios e presunções. Insuficiência para embasar as condenações. *In dubio pro reo*. Absolvições mantidas. Recurso ministerial desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0704.05.031025-6/001 - Comarca de Unaí - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Hildebrando Carlos da Silva - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Hildebrando Carlos da Silva, Roberto José da Costa - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Acórdão

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

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 476

Belo Horizonte, 10 de maio de 2007. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo 2º apelante, a Doutora Flávia Pires dos Santos.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público de Minas Gerais e por Hildebrando Carlos da Silva em face da r. sentença de f. 332/349-TJ, que, acolhendo parcialmente a denúncia:

1º) absolveu Hildebrando Carlos da Silva em relação aos delitos descritos no art. 180, § 1º, do CP, art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03, e art. 1º da Lei nº 2.252/54, todos na forma do art. 69 do *Codex*, com fulcro nos incisos II e III do art. 386 do CPP, e o condenou nas iras do delito descrito no art. 147 do Código Penal, impondo-lhe a pena de 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto;

2º) absolveu o co-denunciado Roberto José da Costa, nos termos do art. 386, II e VI, do CPP, em relação aos ilícitos tipificados no art. 155, § 4º, IV, do CP, e art. 1º da Lei nº 2.252/54, também na forma do art. 69 do Estatuto Penal.

Em suas razões recursais, busca o apelante, preliminarmente, o reconhecimento da exceção de competência, requerendo a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, sob o fundamento de que o crime de ameaça, incluído no rol daqueles de menor potencial ofensivo, deverá ser julgado, exclusivamente, nos moldes da Lei nº 9.099/95. No mérito, requer a absolvição, alegando, para tanto, que a vítima firmou escritura pública, lavrada na mesma data em que foi oferecida a denúncia, retratando-se acerca dos termos da representação ofertada contra ele perante a autoridade policial (f. 378/379).

O representante do *Parquet*, por sua vez, em suas razões de inconformismo de f. 359/372-TJ, busca a reforma do r. *decisum*, com a condenação dos acusados nos exatos termos em que requereu na exordial acusatória.

Contra-razões às f. 384, 388/391 e 392/399-TJ.

A d. Procuradoria de Justiça, instada a manifestar-se, pronunciou-se pela rejeição da preliminar de nulidade do processo e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso ministerial, com a condenação do denunciado Hildebrando Carlos da Silva nas iras do art. 14 da Lei nº 10.826/03, e pelo desprovimento do apelo defensivo (f. 417/425 - TJ).

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

Por questão de melhor didática, analiso, inicialmente, o recurso do apelante Hildebrando Carlos da Silva.

Ab initio, tenho que a preliminar de nulidade suscitada pela defesa não merece prosperar.

Embora o crime de ameaça, previsto no art. 147 do CP, seja considerado delito de menor potencial ofensivo, nos casos em que compuser a denúncia em concurso com outros ilícitos da competência do Juízo Comum, conforme ocorreu, *in casu*, não haverá que se falar na incompetência deste último se, por fim, restar demonstrada, através do r. decreto condenatório, apenas a ocorrência daquele da competência do Juizado Especial Criminal.

Ademais, observa-se que o feito se encontra totalmente processado, inclusive com prolação de sentença, de modo que não se vislumbra a ocorrência de nenhum prejuízo ao acusado.

Assim, rejeito a preliminar.

No mérito, melhor sorte não o socorre.

Ora, cediço que na ação penal pública condicionada à representação, a retratação do

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 477

ofendido ou do responsável legal somente será possível até a data do oferecimento, e não do recebimento da denúncia.

Nesse sentido:

> *Habeas corpus*. Retratação da representação ajuizada depois de oferecida a denúncia. Aplicação dos arts. 104 (art. 102 vigente do Código Penal, e 25 do Código Penal. Recurso não provido (*RTJ* 56/94).
>
> Na ação penal pública condicionada à representação, a retratação do ofendido ou do representante legal só é possível até a data do oferecimento, e não do recebimento da denúncia (*RT* 670/288).

Assim, ao contrário do que sustenta a nobre defesa, tendo sido oferecida a denúncia em 4 de março de 2005 (f. 131-TJ), a retratação ofertada em 8 de março de 2005 (f. 170), ou seja, em data posterior, será inválida e não produzirá efeito algum, ainda que a vítima se tenha retratado judicialmente.

Ademais, os depoimentos prestados pelo Capitão Elias Andrade Oliveira (f. 259/260), Vilmar da Silva Ferreira (f. 269) e Vanderley Pereira dos Santos (f. 271/272) apontaram em sentido contrário, uma vez que declararam haver presenciado o momento em que a vítima foi ameaçada por Hildebrando.

Dito isso, conclui-se que a retratação apresentada pela vítima restou isolada e inverossímil diante do contexto probatório, não merecendo, pois, prevalecer em relação aos demais elementos de convicção colhidos nos autos.

Dessarte, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso de Hildebrando Carlos da Silva.

No que tange ao apelo ministerial, tenho que melhor sorte não o socorre.

Inicialmente, a preliminar argüida em razão dos novos documentos juntados aos autos pelas defesas em fase de alegações finais não merece provimento. Com efeito, vislumbra-se que, de fato, foram juntados aos autos os documentos de f. 318/323 e 328/329-TJ, sem que o órgão ministerial fosse intimado acerca de tal fato. Entretanto, constata-se da r. sentença que o Magistrado *a quo* não se utilizou de qualquer dos referidos documentos para embasar seu convencimento e absolver os réus, não havendo, assim, qualquer prejuízo para o órgão recursal.

Dessarte, rejeito a preambular suscitada.

No mérito, melhor sorte também não lhe assiste.

A materialidade dos delitos encontra-se consubstanciada pelas certidões de nascimento (f. 41/42), auto de apreensão (f. 45/46), termo de representação (f. 52), termo de restituição (f. 53 e 120), laudo de eficiência de arma (f. 55), laudo de vistoria onde funcionavam depósitos de ferro velho (f. 57/58, acompanhado de anexo fotográfico de f. 59/63) e laudo de avaliação indireta (f. 65).

No entanto, no que tange ao delito de furto qualificado pelo concurso de agentes imputado ao acusado Roberto José da Costa, as provas colhidas nos autos revelaram-se obscuras, frágeis e insuficientes para embasar uma condenação. Se não, vejamos.

Ouvido em sede inquisitorial, o acusado afirmou que trabalhou como pintor de portas e letreiro no estabelecimento comercial da vítima, oportunidade em que contratou os menores D.S.D e D.S.O para também trabalharem no local, auxiliando-o nos serviços, os quais, segundo alegou, somente não foram concluídos em razão de uma enchente (f. 39-TJ).

Em sede judicial, o denunciado voltou a negar os fatos tal como acima narrados, *in verbis*:

> ... interrompeu o serviço de letreiro e pintura em geral que vinha fazendo para a vítima, trancando a marmoraria e de lá se retirando; que, lá retornando no outro dia, encontrou a marmoraria inundada, com muros caídos; que, neste mesmo dia entregou a chave da

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 478

> marmoraria ao guarda que vigiava o local e de lá se retirou, levando o compressor que lhe pertencia, bem como seus instrumentos de trabalho, avisando que só retornaria quando a vítima chegasse de viagem (...); no dia em que interrompeu os serviços, avisou ao guarda do local que também estava levando 5 (cinco) 'quilos' de cola branca pertencentes à vítima (...); foi surpreendido pela forma como foi recebido pela vítima, tendo em vista que esta o chamava de 'ladrão, vagabundo, sem vergonha', acusando-o de ter furtado um motor (...); passou pelo local uma guarnição da Polícia Militar que foi, de pronto, solicitada pela vítima (...); que a vítima mandou prender, também, uns 'rapazinhos' que trabalhavam com ele, interrogando, fazendo a ´caiação do muro´; que a vítima disse que os tais rapazes também seriam responsáveis pelo furto, já que trabalhavam com o interrogando (f. 197/199-TJ).

Os menores delinqüentes envolvidos, por sua vez, confirmaram os depoimentos prestados por Roberto José da Costa e negaram, veementemente, em ambas as fases procedimentais, qualquer participação no evento criminoso (f. 35, 37 e 265/266-TJ).

O denunciado Hildebrando Carlos da Silva, proprietário do ferro-velho em que a vítima localizou a *res furtiva*, em todas as oportunidades em que foi ouvido nestes autos, negou que a houvesse adquirido de Roberto ou dos menores retromencionados, atestando, por fim, que havia comprado o motor de alguns carroceiros na condição de sucata, porque se encontrava travado, pela quantia de R$ 30,00 (trinta reais) (f. 11/12 e 162/163-TJ).

Ouvida apenas em sede inquisitorial, a testemunha Dimílson da Costa Silva, eletricista, que também prestava serviços para a vítima no local, alegou que havia sido questionada pelos dois menores "se tinha coragem de furtar os fios de cobre", fato este que, segundo aduziu, tratou de confidenciar à vítima com o intuito de alertá-la (f. 08/09).

A própria vítima, em sede inquisitorial (f. 50/51-TJ), não obstante tenha acusado de forma categórica Roberto e os dois menores como autores do furto, deixou de trazer aos autos qualquer elemento que pudesse comprovar a origem de sua desconfiança.

Quanto a isso, soma-se, ainda, o depoimento da testemunha Emerson Morais, que acompanhou e presenciou o acusado retirar da marmoraria da vítima, com a permissão do guarda local, um compressor, cola e couro, nada sabendo informar sobre o motor objeto do presente feito (f. 287).

Assim, observa-se que as provas reunidas contra o acusado, que sequer foi localizado na posse da *res furtiva*, basearam-se, exclusivamente, em indícios, visto que nenhum outro elemento de convicção foi colhido neste sentido.

Portanto, o conjunto probatório se mostra insuficiente para embasar um decreto condenatório, pois todas as provas trazidas aos autos contra o acusado são frágeis, e, para se condenar alguém por crime tão grave, especialmente pelo fato de envolver menores, não basta mera suspeita; impõe-se que a prova proporcione a convicção de que o crime, realmente, foi cometido pelo acusado, pois, na dúvida, aplica-se o brocardo *in dubio pro reo*.

Não havendo, portanto, prova segura e firme da prática do delito de furto qualificado pelo acusado Roberto José da Costa, a existência de meros indícios, repito, não autoriza o decreto condenatório.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

> Indícios, ainda que veementes, não bastam por si sós, à prolação de decreto condenatório, sendo indispensável a tal desiderato a certeza da responsabilidade penal (TACrimSP, AC, Rel. Costa Mendes, *JUTACrim* 53/373).

> Inadmissível a prolação de decreto condenatório se suficientes os elementos probatórios apenas para fundar suspeitas contra o réu. É que a simples probabilidade de autoria, tratando-se de mera etapa da verdade, não constitui, por si só certeza (TACrimSP, AC, Rel. Gonçalves Sobrinho, *JUTACrim* 45/218).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 479

Dessa forma, restando incomprovada a autoria em relação ao delito de furto qualificado pelo concurso de agentes, a manutenção da absolvição do acusado Roberto José da Costa em relação ao crime descrito no art. 1º da Lei nº 2.252/54 é medida que se impõe.

Incomprovada, também, a participação dos menores no delito de receptação imputado a Hildebrando, sobre o qual, inclusive, aduziram, em ambas as sedes procedimentais, sequer conhecerem.

Não fosse isso, as provas colhidas demonstram que os menores, antes dos fatos narrados na exordial, não apresentavam conduta ilibada a ponto de ser preciso corrompê-los e incitá-los para o cometimento de crimes, pois, conforme informações da testemunha João dos Reis Filho "...os policias encontraram com os menores uma garrafa pequena contendo *thinner* "(...) conhece os menores e sabe que eles passam o tempo todo cheirando *thinner* (...); os policiais tentaram fazer contato com a mãe dos menores, mas não conseguiram, porque ela estava embriagada..." (f. 94).

Assim, mantenho, também, a absolvição de Hildebrando em relação ao delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54.

Lado outro, constata-se que o crime de receptação qualificada imputado ao denunciado Hildebrando Carlos da Silva deixou de ecoar estreme de dúvidas no processo.

Ouvido perante a insigne autoridade policial, Hildebrando negou que houvesse comprado a *res furtiva* dos menores envolvidos. Disse que havia adquirido o referido bem de alguns carroceiros que passaram em seu ferro-velho vendendo sucatas provenientes da enchente. Por fim, confirmou que a vítima compareceu em seu estabelecimento comercial e reconheceu um dos motores que ali se encontravam como sendo o seu, oportunidade em que, segundo aduziu, permitiu que ela o levasse.

Em juízo, voltou a negar os fatos e atestou que não tinha o recibo relativo à compra do motor da vítima, porquanto a aquisição de sucata não se faz acompanhar da emissão de recibos (f. 162/163-TJ).

A vítima, como asseverado alhures, apesar de narrar, inquisitorialmente, de forma coerente e segura, o momento em que localizou o motor que lhe havia sido subtraído no interior do ferro-velho de propriedade de Hildebrando, chegando a identificar, inclusive, suas características, retratou-se judicialmente e passou a dizer o contrário, pois, conforme sua nova afirmativa, o motor que lhe havia sido furtado estava travado e não funcionava, enquanto que o adquirido no estabelecimento comercial de Hildebrando, conforme percebeu, posteriormente, apesar de também estar travado, estava queimado (f. 261).

Ora, diante dessas declarações, não se consegue extrair dos autos a certeza de que o motor localizado no ferro-velho de Hildebrando se tratava do mesmo que havia sido furtado da vítima, ou mesmo se se tratava de objeto produto de crime, sendo que, frente à dúvida, o decreto absolutório deverá ser mantido.

Por fim, a absolvição operada em relação ao crime de posse ilegal de arma de fogo, descrito no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03, também imputado a Hildebrando, deverá prevalecer.

Observe-se que o auto de apreensão de f. 45-TJ, bem como o BO de f. 14/28 - TJ e o laudo de eficiência em armas de fogo de f. 55-TJ não fizeram menção de estarem ou não municiadas as duas espingardas de fabricação caseira apreendidas no interior de um dos imóveis de propriedade do apelante.

Entendo que uma arma municiada pode representar risco de dano ou perigo, e uma arma desmuniciada já não goza, por si só, dessa aptidão, não colocando em risco o bem jurídico tutelado pela norma jurídica incriminadora.

Pelo universo probatório, restou comprovado que as armas de fogo apreendidas, apesar de se encontrarem em condições de funcio-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 480

namento, podendo ferir a integridade física de outrem, estavam desmuniciadas, impondo reconhecer a sua inidoneidade para efetuar disparos.

Calha transcrever parte do voto proferido pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do *HC* nº 81.057/SP:

> O caso vertente, porém, é de arma eficaz, mas desmuniciada: Estou - com os doutrinadores cujas permissas endossei - que, nessa hipótese, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio da disponibilidade. Se o agente traz consigo a arma desmuniciada, mas tem munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em conseqüência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo. Ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica. 'Com certeza, a realidade irá proporcionar um grande número de situações em que a aferição da ofensividade não será algo simples' - advertem Gomes e Terra (*op.cit*., p. 85) 'revelando a complexidade do tema. Imagine-se, *v.g*., os casos em que a arma esteja desmontada ou desmuniciada. Essas situações' - dilucidam com razão os autores -, 'somente serão resolvidas pelos princípios gerais da 'disponibilidade' e da efetiva 'ofensividade' do objeto: a) se, uma vez montada, a arma pode disparar, e se esta operação pode ser realizada com certa facilidade, estão cumpridos os dois requisitos mínimos - ofensividade e disponibilidade; b) se a munição está ao alcance do agente, possibilitando a pronta utilização da arma, estará cumprido o requisito da disponibilidade, mas ainda assim é necessária uma segunda aferição, que permitirá verificar se a arma, uma vez municiada, poderia ferir ou matar (ofensividade)'. Essa me parece a solução mais razoável e adequada aos princípios e que tem ressonância jurisprudencial expressiva (cf. Betanho, Leis Especiais, cit., 2/2119 ss).

Neste diapasão, tenho como atípica a conduta praticada pelo recorrente, sendo apreendidas as referidas armas sem munição, não sendo possível que as mesmas causassem dano a terceiro, nem pusessem em risco a incolumidade pública, sendo imperativa, também, a manutenção de sua absolvição em relação a esse delito.

Em face do exposto, rejeito as preliminares argüidas pelas partes e nego provimento a ambos os recursos para manter em sua íntegra a r. sentença monocrática.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Herculano Rodrigues e José Antonino Baía Borges.*

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

TRÁFICO DE ENTORPECENTES - CORRUPÇÃO DE MENORES - CRIME FORMAL - POLICIAL MILITAR - TESTEMUNHA - VALIDADE - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - ASSOCIAÇÃO EVENTUAL - CAUSA DE AUMENTO DA PENA - INAPLICABILIDADE - LEI MAIS BENÉFICA - REGIME INICIAL FECHADO - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO - RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIOS DA SUFICIÊNCIA E DA NECESSIDADE

Ementa: Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes e corrupção de menores. Crime formal. Sentença condenatória. Pleito absolutório. Provas contrárias. Impossibilidade. Depoimentos de policiais. Validade. Regime de cumprimento. Alteração. Improcedência. Penas alternativas. Inviabilidade. Majorante da associação. Ausência de previsão legal. Decote. Recurso ministerial desacolhido e defensivo parcialmente provido.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 481

- Se todas as provas são irrefutáveis, dando como certa e inquestionável a mercancia de entorpecentes e posse da arma de fogo, nada há para que se altere na sentença, hipótese que torna o pleito de absolvição impossível de acolhimento.

- O delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54 prescinde da efetiva prova da corrupção, bastando a simples participação de menor de 18 anos em empreitada criminosa, na companhia de um adulto.

- Não se pode afirmar, em tese, a invalidade de depoimento de policiais pelo simples fato de o serem, sem que outras razões justifiquem sua rejeição.

- Com a entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao mencionado § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, nada mais há que se discutir sobre a modalidade prisional,devendo ser estabelecido o regime apenas inicialmente fechado para os increpados.

- A personalidade da qual normalmente é dotado o agente que pratica o comércio clandestino de drogas e a própria natureza desta mercancia, com seus resultados funestos e imprevisíveis, aliada à inevitabilidade de sua reiteração, não indicam que a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos seja suficiente para os já referidos princípios da suficiência e da necessidade, razão pela qual se entende desaconselhável a sua aplicação.

- Não estando prevista na nova lei a majorante aplicável em caso de associação eventual para o tráfico, que passou a ser tratada como crime autônomo, o acréscimo imposto deve ser decotado, uma vez que a legislação recém-introduzida possui aplicação imediata, significando situação mais benigna aos réus.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0231.06.054586-1/001 - Comarca de Ribeirão das Neves - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2ª) M.C.M.D., 3ª) N.D.S.- Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, M.C.M.D., N.D.S. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS DEFENSIVOS, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2007. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Eduardo Brum - N.D.S., M.C.M.D. e K.G.C., qualificadas, foram denunciadas perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão das Neves como incursas, as duas primeiras, nas sanções do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, III, da antiga Lei nº 6.368/76; nas disposições do art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, c/c o art. 29 do CP; e nas cominações do art. 1º da Lei nº 2.252/54, tudo em concurso material; e a última, nas cominações do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, III, da Lei nº 6.368/76; e nos rigores do art. 1º da Lei nº 2.252/54, também em concurso material, uma vez que, no dia 24 de janeiro de 2006, por volta das 16h30min, no interior da residência situada na Rua AB, nº 100, Bairro Lagoa, juntamente com o menor infrator M.A.D.M., todos com unidade de propósito e conjugação de esforços, guardavam para consumo de terceiros 58,50 (cinqüenta e oito gramas e cinqüenta centigramas) de crack e 19,50 (dezenove gramas e cinqüenta centigramas) de cocaína.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 482

N.D. e M.C., ainda, contribuíram para que o menor M.A.D.M. ocultasse arma de fogo com numeração raspada, além de as três increpadas facilitarem a corrupção de pessoas menores de 18 anos com elas praticando infração penal e induzindo outras a praticá-la.

Dias antes, policiais militares receberam informações de que o grupo familiar de N.D. estava envolvido com o tráfico de entorpecentes, utilizando-se da própria residência e de vários menores. Na data dos fatos, munidos de mandado judicial, encontraram no interior da residência N.D., sua filha M.C., K.K. e M.A.D.M., também filho de N., apreendendo seis aparelhos de telefone celular, cento e noventa pedras de crack, embaladas e prontas para venda, quarenta e quatro papelotes de cocaína e certa quantidade de dinheiro, na maioria em cédulas miúdas, além de uma nota de US$ 1,00 (um dólar) americano.

No fundo falso de uma gaveta de armário, descobriram um revólver calibre 38, marca Rossi, municiado com cinco cartuchos, de numeração raspada, supostamente de propriedade de M.A. e que serviria para a defesa da "boca-de-fumo", com o consentimento da mãe e da irmã.

Segundo as informações, N.D. e seus filhos M.C. e M.A., com a ajuda da namorada dele, K.K., comercializavam as drogas no Bairro Lagoa, havendo grande movimentação na residência, bem como a participação de várias crianças e adolescente na sua distribuição, como "aviões" (f. 2/5).

Desmembrou-se o processo quanto à acusada K.K.G.C. (f. 104).

Encerrada a fase de instrução e vindo à luz a r. sentença de f. 269/286, houve sua ilustre Prolatora por considerar a acusada N.D.S. incursa nas sanções do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, c/c o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, condenando-a às penas de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, em seu mínimo legal; e ainda nas cominações do art. 1º da Lei nº 2.252/75, com a condenação às penas de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e 20 (vinte) dias-multa, observadas as regras do concurso material; e a acusada M.C.M.D. incursa nas sanções do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, c/c o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, condenando-a às penas de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e 133 (cento e trinta e três) dias-multa, em seu mínimo legal; e ainda nas cominações do art. 1º da Lei nº 2.252/75, com a condenação às penas de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, em regime aberto, e 15 (quinze) dias-multa, também em concurso material.

Inconformados, apelaram o Ministério Público (f. 294) e as sentenciadas (f. 298 e 300), sendo aduzidas oportunamente as suas razões. O *Parquet* busca a condenação das rés, igualmente, nas sanções do art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03 e o recrudescimento das penas-base aplicadas pela r. sentença e, bem assim, do regime prisional (f. 304/317). N.D. e M.C., em peça única, perseguem a absolvição da imputação de tráfico, ao argumento de que o entorpecente pertenceria ao menor M.A., não havendo provas em sentido contrário. Assim como a droga era do adolescente, também dele era o revólver, e ele escondia ambos sem conhecimento das acusadas. Afirmam a fragilidade das provas para a condenação. Argúem que não podem responder pelo crime de corrupção de menores, se M.A. já era corrompido. Alternativamente, pretendem abrandar as reprimendas impostas, mormente pela menoridade de M.C., e postulam a substituição das penas corporais por restritivas de direito (f. 404/413).

Contra-razões das recorridas às f. 416/422 e do Ministério Público às f. 428/450.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento parcial dos dois recursos, o do *Parquet* para estender a condenação das rés ao crime relacionado à arma de fogo e o da defesa para o decote da majorante da associação (f. 451/459).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 483

Intimações regulares das sentenciadas (f. 297-v. e 299-v.), tendo suas combativas defesas tomado inequívoca ciência da r. sentença (f. 388-v.).

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Por lógica, analiso primeiramente a pretensão absolutória das acusadas N.D. e sua filha M.C..

Anoto que a materialidade delitiva se encontra estampada no auto de prisão em flagrante de f. 6/12, no boletim de ocorrência policial de f. 17/21, no auto de apreensão de f. 26, no laudo de constatação de droga (f. 28), no laudo toxicológico definitivo (f. 110) e no laudo de eficiência da arma de f. 200, pelos quais se constatou a potencialidade lesiva do revólver e por se tratar a substância a que se referem os autos efetivamente de crack e cocaína.

Acerca da autoria, passo ao exame das provas.

Quando da prisão em flagrante das acusadas, relatou o condutor, Sargento Roney Lane de Carvalho, que ele e sua guarnição, cumprindo mandado de busca e apreensão,

> [...] lograram êxito em localizar 190 (cento e noventa) pedras de substância amarelada semelhante ao crack e 44 (quarenta e quatro) papelotes de substância branca semelhante à cocaína; que todas as drogas já estavam separadas e embaladas, prontas para serem vendidas; que, na casa, ainda foram encontrados vários aparelhos de telefone celular, relógios de pulso e R$ 187,00 (cento e oitenta e sete reais) e US$ 1,00 (um dólar); que o dinheiro em moeda nacional está todo trocado em notas de R$ 1, 2 e 5, apenas uma de R$ 10 e outra de R$ 50,00; que o condutor já tinha informações de que na referida residência funciona um ponto de droga; que há um movimento constante de pessoas entrando e saindo do local; que, segundo informações anônimas, toda a família participa do comércio ilegal de entorpecentes e fazem tráfico de drogas [...] também foi encontrado um revólver cal. 38, com numeração raspada, e cinco cartuchos intactos, escondidos em um fundo falso de gaveta do guarda-roupas; que há informações, também anônimas, de que a Sr.ª N. utiliza crianças para vender a droga; que foram presos em flagrante a Sr.ª N. e outros dois filhos, um deles menor de idade; que os outros dois rapazes que se encontravam na casa também foram presos, suspeitos de serem 'aviõezinhos' e que teriam levado o dinheiro para a N., dinheiro este produto da venda de drogas (f. 6/7).

O Cabo Hermes Rodrigues Maciel confirma a apreensão das drogas, as quais "já estavam separadas e embaladas, prontas para serem vendidas", além do restante do material, acrescentando:

> [...] que o condutor já tinha informações que na referida residência funciona um ponto de droga; que há um movimento constante de pessoas entrando e saindo do local; que, segundo informações anônimas, toda a família participa do comércio ilegal de entorpecentes e fazem tráfico de drogas [...] também foi encontrado um revólver cal. 38, com numeração raspada, e cinco cartuchos intactos, escondidos em um fundo falso de gaveta do guarda-roupas; que há informações, também anônimas, de que a Sr.ª N. utiliza crianças para vender a droga; que, foram presos em flagrante a Sr.ª N. e outros dois filhos, um deles menor de idade; que os outros dois rapazes que se encontravam na casa também foram presos, suspeitos de serem 'aviõezinhos' e que teriam levado o dinheiro para a N. dinheiro este produto da venda de drogas (f. 8).

Também Cabo/PMMG João Aguinaldo Carvalho de Moraes reitera o cumprimento do mandado judicial na casa das rés, com a apreensão do crack e da cocaína, celulares e dinheiro em cédulas miúdas, além do revólver, encontrado no fundo falso da gaveta. Narra João Aguinaldo Carvalho de Moraes:

> [...] que o condutor já tinha informações que na referida residência funciona um ponto de droga; que há um movimento constante de pessoas entrando e saindo do local; que, segundo informações anônimas, toda a família participa do comércio ilegal de entorpecentes e fazem tráfico de drogas; que o depoente deseja esclarecer que todo o material foi encontrado no interior da residência da

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 484

> autora e que ninguém assumiu a propriedade [...] há informações, também anônimas, de que a Sr.ª N. utiliza crianças para vender a droga (f. 9).

Em seus interrogatórios inquisitoriais e judiciais, N.D. e M.C. atribuem ao filho e irmão M.A. a posse e a responsabilidade pelo entorpecente e sua destinação e pelo revólver (f. 10/11, 123/124 e 125/126). M.A.D.M. assume essa responsabilidade (f. 24/25).

Porém, o Sargento Roney Lane de Carvalho, confirmando suas declarações extrajudiciais, esclarece:

> [...] que as pedras de crack foram encontradas dentro de uma caixa de uísque, que, por sua vez, estava em uma prateleira num cômodo que as acusadas disseram que funcionava como um bar; que este cômodo é anexo à casa das acusadas e existia um vão de comunicação entre a casa e o cômodo; que não existia obstáculo neste vão e o acesso era livre; que a princípio o cômodo pareceu ao declarante como o de um bar; que a arma foi encontrada na última gaveta de um armário que tinha em um dos quartos; que não sabe dizer quem dormia neste quarto; que os papelotes de cocaína foram encontrados no meio de roupas dobradas que estavam em cima de uma mesa de pedra que tinha no citado cômodo; que as roupas eram masculinas e femininas; que eram roupas sujas e algumas estavam meio úmidas [...]; que também encontrou uma pedra de crack dentro de uma lata de cimento que também estava no cômodo [...]; que as acusadas presenciaram a apreensão da droga (f. 127).

Hermes Rodrigues Maciel confirma suas declarações prestadas à f. 8, ora lidas:

> [...] que toda a droga foi encontrada dentro de um cômodo que pareceu ao depoente ser de bar; que este cômodo é anexo à casa das acusadas, existindo um vão de acesso; que não tinha obstáculo físico no vão; que o crack estava em uma caixa de bebida em cima da prateleira e a cocaína no meio de roupas sujas que estavam em um saco no chão; que a arma estava no fundo da gaveta de uma cômoda de um quarto; que não disseram ao depoente a quem pertencia o quarto [...] que as acusadas viram a apreensão das drogas (f. 129).

Igualmente confirmando suas declarações da fase inquisitorial, João Aguinaldo Carvalho de Moraes informa

> que parte da droga foi encontrada no meio de roupas jogadas em um canto de um cômodo; que não sabe dizer o que era este cômodo; que este cômodo era tipo uma 'salona'; que também foi encontrada uma pedra de crack dentro de uma lata na entrada da casa; que a lata estava em cima do fogão (f. 131).

A testemunha Carlos Augusto Caetano diz

> que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que a viatura do depoente chegou depois da apreensão feita pelos demais militares em cobertura à ação por ser área de risco (f. 132).

Para Dalezio Carneiro dos Santos,

> [...] são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que o depoente trabalha no serviço de inteligência da PM e, nessa condição, requereu a expedição de mandado de busca e apreensão; que dois dias antes da prisão, o depoente e outro militar ficaram diligenciando para observar o movimento na casa das acusadas; que M. A. toda vez que via os militares à paisana corria [...]; que o depoente desconfiou da casa das acusadas por dois motivos: 1) por ser bem próximo a um conhecido ponto de tráfico de drogas; 2) porque a casa da acusada tinha um cômodo com duas portas de correr, do tipo bar, que só ficavam fechadas [...]; que o depoente desconfiou ainda mais da acusada, haja vista que tinha conhecimento do envolvimento de M.A. no roubo de um veículo (f. 133).

Resultou inequivocamente comprovado, assim, que foi encontrada na casa das acusadas certa quantidade de crack e outra de cocaína e um revólver com as respectivas munições. Na residência moram apenas as duas increpadas e o menor M.A.D.M., de dezesseis anos de idade. Impossível acreditar na ignorância delas a respeito da droga.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 485

Segundo a prova oral, as substâncias entorpecentes foram encontradas em um cômodo, espalhadas dentro de uma lata e no meio de roupas no chão, umas sujas e algumas úmidas. Referido cômodo faz parte da casa, da qual é anexo, acessível por um vão, livre e sem qualquer obstáculo. Não consta que as rés contassem com o auxílio de empregada doméstica, sendo, portanto, delas a tarefa de cuidar da casa e da roupa. Difícil crer no desconhecimento sustentado. Porém, ainda que absurdamente se admitisse que elas não freqüentassem o mencionado cômodo, não será exagero lembrar "que também foi encontrada uma pedra de crack dentro de uma lata na entrada da casa; que a lata estava em cima do fogão" (João Aguinaldo Carvalho de Moraes, f. 131) e esta elas não poderiam ignorar.

Inúmeras contradições entre as acusadas e o menor M.A. a respeito do dinheiro apreendido e a nota de dólar americano; inequivocamente, têm o condão de tornar inverossímil a tese da negativa de participação, já que demonstram a nítida intenção de confundir a Justiça quanto à realidade do ocorrido.

Ademais, como oportunamente ressaltou o digno Procurador de Justiça oficiante (f. 453), não soa verídico que a referida importância em dinheiro e também a vultosa e valiosa quantidade de substância entorpecente pertencessem exclusivamente a um adolescente de apenas dezesseis anos de idade, o qual nem sequer trabalha, dedicando-se somente ao estudo. Assim, como se apresenta incrível a versão de que M.A., sozinho, possuía a droga

> e que a comercializa no seu bairro, alegando que comprou as drogas no Morro das Pedras/BH, das mãos de um desconhecido; que comprou R$ 300,00 (trezentos reais) de crack e R$ 200,00 (duzentos reais) (sic); [...]; que o adolescente alega que vende sozinho [...] (f. 24).

Em realidade, mãe e irmã sabiam há tempos do envolvimento de M.A. com o lado escuro da delinqüência, confessam que tinham conhecimento da existência de celulares e relógios em sua casa, conhecendo a origem ilícita, e, antes de admoestá-lo, utilizaram-se desse lamentável artifício para se aliarem ao parente no cometimento do crime.

E aderiram tão ostensivamente que os policiais militares receberam informações de que na casa das rés funcionava um "ponto de drogas", com intenso movimento de pessoas. E, mais, que toda a família participava desse comércio ilegal, o que se comprovou, em cumprimento de ordem judicial, com a apreensão de enorme quantidade de crack e cocaína, além da prisão em flagrante, inclusive da namorada do adolescente. Com eles, achou-se razoável importância em dinheiro, em valores pequenos, cuja origem os envolvidos não conseguiram justificar.

Há de ser dado relevante valor aos relatos dos policiais inquiridos, os quais são firmes e coerentes, não se vislumbrando neles qualquer indício de interesse em prejudicar as acusadas. Ouvidos sem qualquer contradita, seus depoimentos merecem indiscutível valor como meio de prova.

Isso porque, para que se desconsidere o valioso testemunho desses funcionários públicos, é necessário demonstrar algum interesse de sua parte no deslinde da investigação, o que não ocorreu no caso em tela.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> Não se pode afirmar, em tese, a invalidade de depoimento de policiais, pelo simples fato de o serem, sem que outras razões justifiquem sua rejeição (*HC* 72500/SP - 1ª Turma - Rel. Min. Sydney Sanches - *DJU* de 04.08.95, p. 22.448).
>
> O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação pe-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 486

> nal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência (STF - *HC* 73518/SP - 1ª Turma - Rel. Min. Celso de Mello - *DJU* de18.10.96, p. 39.846).

Ademais, a caracterização do crime de tráfico não exige que o agente seja surpreendido comerciando a droga. O tráfico de entorpecentes é um delito de ação múltipla e de conteúdo variado, em que se admitem várias condutas. Praticando uma das condutas elencadas pelo seu tipo, a condenação se impõe.

Reitero que as provas carreadas aos autos são, por si sós, fortes e que a defesa não teve meios de desconstituí-las, senão com ilações insustentáveis, que não permitem uma absolvição.

De tal forma que, se todas as provas são irrefutáveis, dando como certa e inquestionável a mercancia de entorpecentes, nada há para que se altere na r. sentença sob esse aspecto, hipótese que torna o pleito de absolvição impossível de acolhimento.

Entrementes, não se pode afirmar, com a convicção exigida, que as rés tivessem conhecimento da existência da arma de fogo em casa, como quer o *Parquet*.

Consoante demonstra o arcabouço probatório, mormente pelos francos e esclarecedores depoimentos dos policiais, o revólver foi encontrado escondido no fundo falso de uma gaveta de um armário, no interior do quarto do menor M.A.

Se a arma serviria para defender a "boca-de-fumo", como sustenta o digno Representa- te do Ministério Público, deveria ela estar em local de mais fácil acesso, pronta para acionamento em caso de necessidade. Contrariamente, ocultando-a com tamanho zelo, fica a certeza de que o adolescente pretendia mesmo era tê-la próxima a si, mas sem intenção de uso imediato.

Daí não se poder assegurar que a mãe e a irmã tivessem ciência da existência da arma. Pode-se apenas supor positivamente essa hipótese, mas não se pode condenar apenas nesta dedução.

No pertinente ao crime de corrupção de menores, sendo M.A. já corrompido, improcede a argumentação defensiva.

A espécie em testilha é crime formal, que prescinde da demonstração da efetiva corrupção, bastando que o agente pratique o delito na companhia do menor ou o induza a praticá-lo.

Assim, muito embora seja o menor infrator useiro e vezeiro em práticas criminosas, tudo mediante o conhecimento da família e com a ajuda dela, a condenação das rés pela prática corruptiva era medida que se impunha.

Colaciono precedentes desta colenda Turma Julgadora:

> Apelação criminal. Delito descrito no art. 1º da Lei 2.252/54. Crime formal. Desnecessidade da efetiva prova da corrupção do menor. Precedentes do STJ e do TJMG. Condenação que se impõe. Recurso provido.
> - O delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54 prescinde da efetiva prova da corrupção, bastando a simples participação de menor de 18 anos em empreitada criminosa, na companhia de um adulto.
> - Mesmo que o menor já tenha incursionado anteriormente no terreno da ilicitude, a reiteração de condutas delituosas, principalmente acompanhado por maior, representa um reforço à tendência delitiva já adquirida (TJMG - 1ª Câmara Criminal - Apelação nº 1.0145.05.214607-6/001 - Rel. Des. Armando Freire - j. em 18.04.06 - publ. em 05.05.06).

> Segundo precedentes do colendo STJ, o delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54, por ser formal, prescinde da efetiva prova da corrupção do menor (adolescente), sendo suficiente apenas a sua participação em empreitada criminosa junto com um sujeito penalmente imputável (maior de 18 anos). O delinqüente não ganha carta de crédito aberta para atrair menores porque, antes, o adolescente incursionara no caminho do crime.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 487

> Acentuar, concretizar, consolidar a corrupção, corrupção é (TJMG - 1ª Câmara Criminal - Apelação nº 1.0024.03.022632-8/001 - Rel. Des. Sérgio Braga - j. em 23.11.04 - publ. em 23.11.04).

Não há dúvidas, outrossim, de que as rés sabiam perfeitamente que estavam a praticar crimes em companhia de pessoa menor de idade, seu próprio filho e irmão.

No que se refere à aplicação das reprimendas, que desagradou as duas partes, querendo ora seu recrudescimento, ora sua redução, cumpre fazer algumas observações, tendo em vista que a entrada em vigor da Lei nº 11.343/06 pode possibilitar a retroatividade de normas benéficas que venham a favorecer as acusadas.

Antes de qualquer coisa, é necessário ressaltar ser desaconselhável a mistura de dispositivos da nova lei com outros da lei anterior, haja vista que a aplicação da simbiose de textos legais poderia produzir uma *lex tertia* de tóxicos que seria diversa tanto da antiga como da atual, o que acabaria por acarretar benesses exageradas e injustas, não atingindo a dupla finalidade da pena.

De acordo com o novel Diploma Antitóxicos, os réus condenados por tráfico poderão ter suas penas diminuídas de 1/6 a 2/3, desde que sejam primários, de bons antecedentes, não integrem organização criminosa e não se dediquem com habitualidade a esse tipo de atividade (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06).

No caso vertente, nada obstante tenha a douta Julgadora feito incidir a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 para o crime de tóxico, mesclando as leis antiga e recente, considero que as penas-base restaram fixadas para os delitos em patamar condizente com as circunstâncias judiciais e com as particularidades do caso, resumindo-se que as penas finais acabaram fazendo justiça.

Deveras, as penas-base foram aplicadas às acusadas um pouco acima do mínimo legal, mas, ao contrário do que pretendem os apelantes, não há margem para a sua fixação em condições mais favoráveis ou mais drásticas.

Pode-se observar que, embora algumas circunstâncias judiciais possam não ser consideradas favoravelmente às sentenciadas, outras lhes são abonadoras, tudo conforme fundamentada análise da r. sentença.

Para o estabelecimento da pena-base, deve o juiz estar atento às circunstâncias judiciais na proporção necessária ao grau de reprovação da conduta e na medida suficiente para a prevenção do crime.

No caso, as penas básicas foram aplicadas com critério e justeza, com fundamentada observância aos princípios da suficiência e da necessidade, situando-se sem exagero acima do mínimo legal, porque exigiam as circunstâncias judiciais, parcialmente desfavoráveis às acusadas, mas sem possibilidade de exigir-lhe menor graduação ou maior rigorismo.

Colho orientação desta eg. Corte:

> Uso de carteira nacional de habilitação falsificada. Pena exacerbada. Correção. - Não se recomenda a aplicação de pena desproporcionada e contraproducente.Segundo os princípios da suficiência e da necessidade, nenhuma pena deverá ser quantitativamente superior àquela necessária à reprovação e prevenção criminais nem ser executada de forma mais aflitiva do que o exige a situação (Apelação Criminal nº 132.044/9, 2ª Câmara Criminal do TJMG, Itapagipe, Rel. Des. José Arthur, j. em 17.12.98).

Inclusive a reclamada menoridade da acusada M. C. foi considerada e aplicada, ao contrário do que ela sustenta em seu arrazoado.

Não acolho, noutro giro, o inconformismo expresso pelo Ministério Público e relacionado à modificação do regime de cumprimento das penas imposto às condenadas.

É que, no julgamento do *HC* 82.959/SP, o eg. STF declarou a inconstitucionalidade do §1º

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 488

do art. 2º da Lei nº 8.072/90, permitindo aos condenados em crimes hediondos ou análogos a progressão do regime prisional, desde que observados os requisitos objetivos e subjetivos previstos na Lei de Execuções Penais.

Outrossim, com a entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao mencionado § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, nada mais há que se discutir sobre o assunto, devendo ser estabelecido o regime apenas inicialmente fechado para ambos os increpados.

Almeja, ainda, o apelo defensivo os benefícios das penas alternativas.

Infrutiferamente.

A personalidade da qual normalmente é dotado o agente que pratica o comércio clandestino de drogas e a própria natureza desta mercancia, com seus resultados funestos e imprevisíveis, aliada à inevitabilidade de sua reiteração, não indicam que a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos seja suficiente para os já referidos princípios da suficiência e da necessidade, razão pela qual entendo desaconselhável a sua aplicação.

No caso vertente, a despeito de as acusadas serem primárias e a pena privativa de liberdade aplicada isoladamente às infrações não ser superior a 4 (quatro) anos, as circunstâncias do crime não autorizam a substituição, porquanto tal medida não irá contribuir para a ressocialização e para a prevenção do delito.

Destaco, noutro giro, que a nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06), ao recrudescer a sanção corporal mínima cominada ao tráfico de drogas, demonstra a preocupação da sociedade, por meio de seus representantes, em aumentar o rigor da punição aos agentes que praticam tais condutas.

A pena mínima foi elevada a um patamar tal que inviabiliza a concessão do benefício em debate, justamente para que se ponha uma pá de cal sobre a discussão que vem se estabelecendo nos tribunais pátrios.

Para ilustrar ainda mais o que afirmo, destaco o § 4º do art. 33 do novel Diploma Legal, segundo o qual, mesmo aplicando-se a causa de diminuição ali estampada, reduzindo-se a reprimenda carcerária a patamar que, em tese, permita a substituição, esta permanece vedada por expressa disposição legal.

Entrementes, acerca da associação, parece-me que a r. decisão está a necessitar de pequeno reparo, considerando-se a entrada em vigor recentemente - em 9 de outubro de 2006 - da novel Lei de Tóxicos - Lei nº 11.343/06 -, pela qual ficou revogada a referida causa especial de aumento, incidente nas penas dos dois sentenciados (art. 2º, parágrafo único, do CP - *novatio legis in melius*).

Com efeito, não estando prevista na nova lei a majorante aplicável em caso de associação eventual para o tráfico, que passou a ser tratada como crime autônomo (art. 35), o acréscimo imposto deve ser decotado, uma vez que a legislação recém-introduzida possui aplicação imediata, significando situação mais benigna aos réus.

Decoto, portanto, o aumento referente ao art. 18, inciso III, da revogada Lei nº 6.368/76, passando a reestruturar a pena estabelecida para o crime do art. 12 desta lei.

Para a acusada N.D.S., mantenho as penas-base de 4 (quatro) anos de reclusão e 150 (cento e cinqüenta) dias-multa encontradas no r. *decisum* e a diminuição em 1/6 (um sexto) pela minorante do art. 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06, obtendo 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 125 (cento e vinte e cinco) dias-multa, concretizando-a neste *quantum* pela extirpação da causa especial ora decotada e pela ausência de outros fatores determinantes.

Para a co-ré M.C.M.D., fixadas as penas-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 150 (cento e cinqüenta) dias-multa, reduzo-a em 6

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 489

(seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa pela presença da menoridade, passando a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa, as quais, por força da causa de diminuição antes referida, diminuo em 1/6 (um sexto), alcançando 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa, assim tornando-as concretas e definitivas, pela exclusão da causa especial de aumento e à míngua de outros fatores de alteração.

Em face dessas considerações, malgrado o parecer, nego provimento ao recurso do Ministério Público, provendo parcialmente o defensivo, tão-somente para excluir da condenação a associação reconhecida na r. sentença hostilizada, na forma antes exposta.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Judimar Biber e Fernando Starling.*

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS DEFENSIVOS.

-:::-

EXTORSÃO QUALIFICADA - LESÃO CORPORAL GRAVE - MATERIALIDADE - AUTORIA - DOLO - VALORAÇÃO DA PROVA - TIPICIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - IMPOSSIBILIDADE - CAUSA DE AUMENTO DE PENA - CONCURSO DE PESSOAS - INAPLICABILIDADE

Ementa: Extorsão. Autoria e materialidade. Comprovação. Negativa isolada do agente. Condenação mantida. Desclassificação para constrangimento ilegal. Impossibilidade. Extorsão qualificada. Incompatibilidade com a majorante do § 1°. Decote. Penas reestruturadas.

- Comprovadas a materialidade e a autoria do delito de extorsão, não há que se falar em absolvição.

- Configura-se extorsão, e não constrangimento ilegal, a privação da liberdade da vítima dirigida à obtenção de vantagem econômica.

- Em se tratando de crime de extorsão qualificado pelo resultado, apresenta-se inaplicável a majorante do concurso de pessoas previsto pelo § 1° do art. 158, cabível apenas nas hipóteses de extorsão simples.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0433.04.127882-4/001 - Comarca de Montes Claros - Apelantes: 1º) Alex Luciano Gomes, 2º) Josânio Pereira Medeiros, 3º) Geraldo Fabrício da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. WALTER PINTO DA ROCHA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 18 de abril de 2007. - *Walter Pinto da Rocha* - Relator.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 490

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Walter Pinto da Rocha - Conheço dos recursos, por se encontrarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelações interpostas por Alex Luciano Gomes, Josânio Pereira Medeiros e Geraldo Fabrício da Silva, inconformados com a r. sentença de f. 248/258, que julgou procedente a denúncia para condenar os acusados nos termos do art. 158, § 1°, do Código Penal, fixando as penas definitivas para os três denunciados nos patamares isolados de dez anos de reclusão e vinte e quatro dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Nos termos da denúncia, no dia 09.05.04, a vítima Claudionor José de Aquino foi presa em flagrante delito por porte ilegal de arma de fogo e levada para a cadeia pública, onde o denunciado Geraldo a constrangeu, mediante violência e grave ameaça, a pedir ao seu cunhado para entregar-lhe e aos seus comparsas a quantia de R$ 50,00, bem como os produtos descritos em uma lista redigida pelo denunciado Alex. Conforme o relato, o dinheiro e os produtos foram entregues aos denunciados, porém da violência empregada contra a vítima resultou perigo de morte.

Em suas razões recursais de f. 283/286, o apelante Alex Luciano Gomes alega a inexistência de provas passíveis de ensejar a condenação, uma vez que negou a autoria da conduta delituosa e confirmou ser quem redigiu a lista, a qual era destinada aos seus familiares. Afirma ser praxe incumbir ao novato a aquisição dos materiais, fato que, no máximo, pode ser tachado de constrangimento ilegal. Insurge-se contra as penas-base por considerá-las aplicadas, sem motivos, acima do mínimo legal, extrapolando os limites da razoabilidade, da suficiência e da necessidade. Pede sua absolvição ou a desclassificação do delito, bem como a redução das referidas sanções.

O apelante Josânio apresentou razões recursais de f. 287/290, requerendo a reforma da sentença sob a alegação de insuficiência de provas, por não ter sido apontado como o autor do crime nos depoimentos da vítima e das testemunhas. Insurge-se contra a aplicação da qualificadora do § 1º do art. 158 do CP, por não existir concurso no referido artigo.

O acusado Geraldo Fabrício da Silva apresenta razões recursais de f. 278/282, alegando não haver provas de sua participação, a inexistência de elementos passíveis de sustentar a condenação e a necessidade de ser aplicado o princípio *in dubio pro reo*. Pede o provimento do recurso para sua absolvição.

Contra-razões de f. 291/298, requerendo a manutenção da r. sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 304/306, opinando pelo provimento parcial do primeiro apelo para redução das penas, com extensão dos demais efeitos aos outros apelantes.

Registro a necessidade da análise conjunta das três apelações, ante a identidade de pedidos.

Os pleitos recursais merecem provimento parcial.

Dúvidas não existem relativas à materialidade delituosa, ante a portaria, f. 02, auto de corpo de delito, f. 07/09, e depoimentos colhidos.

A autoria resta comprovada pelo depoimento da vítima e prova testemunhal.

A vítima Claudionor José de Aquino relatou detalhadamente o ocorrido em seu depoimento, com o reconhecimento imediato dos denunciados, f. 120:

> (...) reconheceu os acusados presentes como sendo aqueles que praticaram os fatos narrados na denúncia, chamados Gê Cobra, Batata e Luciano; os três acusados ordenaram que o depoente ficasse de castigo passando uma pedra no chão do banheiro, limpando o piso, determinaram também que

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 491

> lavasse toda a cozinha (vasilhas e pratos), sendo certo que o depoente ficou das 22 horas até a 1hora da manhã lavando os vasilhames; foi tomada a roupa do depoente e dada para ele vestir com a camisa molhada (...) todos os três bateram no depoente; quebraram-lhes os dedos e fraturaram seu cotovelo, bem como um dente e diziam a todo o momento 'você está nas garras dos bandidos, bandido aqui é assim' (...).

Nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima configura prova de insofismável relevância no contexto das provas, pois, na maioria das vezes, são estes delitos praticados na clandestinidade, sem a presença de terceiros.

Essa a posição consolidada do Tribunal:

> Ementa: Penal - Roubo majorado - Autoria comprovada - Palavra da vítima - Condenação mantida - Pena pecuniária - Redução - Necessidade de estrita proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. - A palavra da vítima é de extrema importância na elucidação de crimes contra o patrimônio, que soem ocorrer na clandestinidade, e faz prova suficiente da autoria do delito. (...) (Apelação Criminal nº 2.0000.00.492054-1/000 - Recurso: Apelação criminal - Órgão julgador: Quinta Câmara Criminal - Relator: Hélcio Valentim - 05.09.05).

A testemunha Robson Dinis Lott confirma as declarações da vítima e declara à f. 17:

> (...) que Claudionor disse que tinha apanhado dos presos no interior da cela, tendo o depoente ouvido comentários de que teria sido Gê Cobra, Luciano e Jovânio, conhecido como Batatinha, que atualmente se encontra cumprindo pena com trabalho externo, porém, não vem se apresentando na cadeia (....).

O cometimento do delito pelos três acusados restou comprovado através da palavra da vítima e dos depoimentos das testemunhas, restando afastada a aplicação do princípio *in dubio pro reo.*

Claramente delineada se encontra a ocorrência do delito de extorsão, ante o constrangimento da vítima proveniente da grave ameaça feita pelos denunciados, com utilização de violência que acarretou lesão grave, caracterizando plenamente a qualificadora do § 2º do art. 158 do CP.

Deve ser mantida a capitulação dada aos fatos, não merecendo prosperar a tese da defesa de desclassificação da conduta por configurar extorsão, e não constrangimento ilegal, a privação da liberdade da vítima dirigida à obtenção de vantagem econômica, o que resta amplamente provado nos autos.

Para configurar o delito de extorsão, há de restar devidamente demonstrada a existência do dolo específico na obtenção de vantagem patrimonial indevida, o que, *in casu*, restou plenamente provado.

Diz a jurisprudência:

> Extorsão e constrangimento ilegal. - Não palpável, visível e identificável o dolo específico da infração relativa à obtenção de vantagem patrimonial indevida (elemento subjetivo do tipo), impõe-se a desclassificação do crime de extorsão para o de constrangimento ilegal. - Forma comportamental descrita na exordial acusatória caracterizadora do ilícito definido no CP, art.146, com a majorante do § 1º, em face da ação coativa dos agentes, que, em local ermo e à noite, um deles armado com revólver, obrigaram a vítima a fazer o que a lei não determinava. - O emprego de arma resulta na aplicação de pena detentiva em dobro e cumulativamente com a sanção pecuniária (TARS - AC - Rel. Luiz Felipe Vasques de Magalhães - *RT* 637/305).

Afasto o pedido de absolvição e desclassificação do delito, diante das provas trazidas aos autos, suficientes o bastante para o juízo de condenação.

Analisando a fixação das penas, vejo que não decidiu com acerto o douto Julgador ao condenar o acusado concomitantemente nos §§ 1º e 2º do art. 158 do CP.

No tocante à causa de aumento pelo concurso de pessoas, impõe-se o decote, porquan-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 492

to cabível a majorante apenas nas hipóteses de extorsão simples.

Restando comprovada nos autos a qualificadora do crime de extorsão pelo resultado de lesão corporal de natureza grave e tratando o delito de extorsão qualificada, impõe-se o decote da majorante do concurso de pessoas.

O restante da pena restou bem fundamentado e aplicado.

Passo à reestruturação das penas:

Para o acusado Geraldo Fabrício da Silva:

Quanto à análise das circunstâncias judiciais, por considerá-la correta, acompanho o r. Juiz *a quo*, mantendo as penas-base em sete anos e doze dias-multa.

Ante a agravante da reincidência devidamente comprovada, mantenho o acréscimo dado pela sentença em seis meses de reclusão e seis dias-multa, tornando definitivas as penas em sete anos e seis meses de reclusão, regime fechado, e dezoito dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Permanece inalterado o restante da r. decisão.

Para o acusado Alex Luciano Gomes:

Quanto à análise das circunstâncias judiciais, por considerá-la correta, acompanho o r. Juiz *a quo*, mantendo as penas-base em sete anos e doze dias-multa.

Ante a comprovada agravante da reincidência, mantenho o acréscimo da sentença em seis meses de reclusão e seis dias-multa, tornando definitivas as penas em sete anos e seis meses de reclusão, regime fechado, e dezoito dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Permanece inalterado o restante da r. decisão.

Para o acusado Josânio Pereira Medeiros:

No tocante à análise das circunstâncias judiciais, por considerá-la correta, acompanho o r. Juiz *a quo*, mantendo as penas-base em sete anos e doze dias-multa.

Ante a comprovada agravante da reincidência, mantenho o acréscimo da sentença em seis meses de reclusão e seis dias-multa, tornando definitivas as penas em sete anos e seis meses de reclusão, regime fechado, e dezoito dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Permanece inalterado o restante da r. decisão.

Dou provimento parcial aos recursos apenas para decotar a majorante prevista no § 1° do art. 158 do CP, procedendo à reestruturação das penas.

Custas, *ex lege.*

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Eli Lucas de Mendonça e Ediwal José de Morais.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

-:::-

VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - MATERIALIDADE - AUTORIA - TIPICIDADE - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - ESTADO DE NECESSIDADE - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - PENA DE MULTA - CRITÉRIOS OBJETIVO E SUBJETIVO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 493

Ementa: Direito autoral. Venda de CDs piratas. Inexigibilidade de conduta diversa. Estado de necessidade. Pena de multa. Proporcionalidade com pena corporal.

- Restando comprovadas a autoria e a materialidade, bem como o elemento subjetivo do tipo, não prosperam eventuais teses de inexigibilidade de conduta diversa ou de estado de necessidade, já que as excludentes são usadas como mera desculpa da prática delituosa, pois ficou claro que tinha conhecimento e consciência da ilicitude que praticava, com objetivo de lucro.

- O fato de o réu ser pobre, estar desempregado e sem condições dignas de sustentar a família não o autoriza a lesar os direitos dos artistas dos CDs que vendia, nem de terceiros que detêm os respectivos direitos autorais.

- Na individualização da pena pecuniária, o primeiro critério a ser utilizado é o objetivo, calculando-se a quantidade de dias-multa, seguindo os mesmos parâmetros da pena privativa de liberdade. O segundo critério é o subjetivo, determinando-se o valor de cada dia-multa, em função da situação econômica do réu, devendo o *quantum* guardar estreita correlação com a pena corporal aplicada, e somente o valor do dia-multa segue regra diversa, de acordo com a capacidade econômica do acusado.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0223.04.157245-2/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Nikodemus Marcelo Rodrigues da Silva - 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 REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2007. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Armando dos Anjos - Perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Divinópolis, Nikodemus Marcelo Rodrigues da Silva, alhures qualificado, foi denunciado pelo Órgão de Execução Ministerial da comarca, pela prática do crime descrito no art. 184, § 2º, do CP.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 2/3 que, no dia 22.06.2004, por volta das 14 horas, "o denunciado estava expondo à venda, com o intuito de lucro, cópias de CDs não autorizados pelos respectivos autores, violando, portanto, direito autoral".

Narra ainda a inicial que foram apreendidos na posse do acusado 110 CDs de procedência duvidosa, os quais estavam sendo oferecidos aos pedestres que transitavam pelo local.

Regularmente processado, ao final, sobreveio a r. sentença (f. 64/66), julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o réu como incurso nas sanções do art. 184, § 2º, do CP, às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente semi-aberto, e pagamento de trinta (30) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo, tendo a pena corporal sido substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e interdição temporária de direitos.

Inconformado com a decisão condenatória, a tempo e modo, apelou o réu (f. 69).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 494

Em suas razões recursais (f. 71/82), suscita preliminar de nulidade da r. sentença pela ausência de fundamentação quando da fixação das penas. No mérito, pugna pela absolvição (art. 386, inciso II, do CPP), ou pela desclassificação do delito para a forma simples, prevista no *caput* do art. 184 do CP, visto que não há prova da materialidade, nem do elemento subjetivo do delito.

O recurso foi devidamente contrariado pelo órgão de execução do Ministério Público (f. 83/92), batendo-se pela manutenção da r. sentença.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dr.ª Myrian Regina X. N. Carvalhaes (f. 94/98), il. Procuradora de Justiça, opina pelo acolhimento da preliminar suscitada e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

Em síntese, é o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Inicialmente, examino a preliminar de nulidade do *decisum* por ausência de fundamentação na aplicação da pena-base acima do mínimo legal, eriçada pela defesa e corroborada pela erudita procuradora oficiante.

Analisando detidamente os autos, em especial a dosimetria das penas aplicadas ao apelante, a meu sentir, *data venia*, tenho que não merece acolhida a preliminar eriçada, pois as circunstâncias judiciais do apelante foram suficientemente apreciadas pelo Juiz sentenciante na primeira fase da fixação das penas.

Com efeito, muito embora não tenha o Juízo singular discorrido sobre a totalidade das circunstâncias enumeradas no art. 59 do CP, verifica-se que Sua Excelência justificou aquelas valoradas negativamente, em especial a culpabilidade, ou seja, o juízo de reprovação, justificando, assim, a fixação da pena um pouco acima do mínimo legal, permitindo ao ora apelante saber o que foi determinante na fixação da pena acima do mínimo legal, em obediência ao postulado constitucional inserto no art. 93, IX, da CF, já que as demais circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis.

Lado outro, mostra-se oportuno ressaltar que, embora o douto Sentenciante faça referência aos maus antecedentes e à reincidência do apelante, certo é que essas circunstâncias não influíram na fixação da pena-base, pois, prevendo o delito que lhe foi imputado pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, a pena-base foi fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, compensando a atenuante com a reincidência, restando a pena final no patamar inicial de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, a meu juízo, *data venia*, sem qualquer exacerbação, ou seja, em *quantum* suficiente para reprovação do crime.

Mas não ficou nisso, pois o douto Juiz, entendendo ser socialmente recomendável, embora seja o apelante reincidente, concedeu-lhe a substituição da pena por duas restritivas de direitos.

Todavia, pedindo vênia ao il. Colega de primeira instância, penso que não se houve com o mesmo acerto ao fixar a pena de multa, pois, na individualização da pena pecuniária, o primeiro critério a ser utilizado é o objetivo, calculando-se a quantidade de dias-multa, seguindo os mesmos parâmetros da pena privativa de liberdade. O segundo critério é o subjetivo, determinando-se o valor de cada dia-multa, em função da situação econômica do réu, devendo o *quantum* guardar estreita correlação com a pena corporal aplicada, e somente o valor do dia-multa segue regra diversa, de acordo com a capacidade econômica do acusado.

In casu, o Sentenciante andou bem no critério subjetivo, pois fixou o dia-multa no patamar unitário mínimo de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, uma vez que se trata de réu desempregado. Contudo, no critério objetivo, não seguiu o mesmo parâmetro da pena corporal, já que fixou a pena de multa em 30 (trinta) dias-multa.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 495

Entretanto, malgrado a irresignação da defesa, esse pequeno desacerto na fixação da pena de multa mostra-se incapaz de gerar a nulidade da sentença, pois a dosimetria da pena de multa pode ser refeita nesta Corte Revisora, fixando-a, a exemplo da pena privativa de liberdade, perto do mínimo legal.

Sendo assim, mercê de tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade da r. sentença por ausência de motivação na fixação da pena acima do mínimo legal.

Não tendo sido argüidas outras preliminares ou nulidades e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito da apelação interposta.

Examinando detidamente os autos, verifica-se que a defesa pleiteia inicialmente a absolvição do apelante, na forma do art. 386, inciso II, do CPP, e, subsidiariamente, sob a forma de "protesto", busca a absolvição do apelante sob o fundamento de que a manutenção da condenação torna "ainda mais crítica a situação social experimentada pelo que seria definitivamente excluído do mercado de trabalho caso ostente em seu prontuário uma certidão criminal positiva".

A despeito das efusivas razões apresentadas, nenhuma razão assiste à defesa no que diz respeito às teses absolutórias, uma vez que o juízo condenatório firmado em primeira instância se encontra em perfeita consonância com os elementos do caderno probatório.

Ora, dúvidas não há quanto à autoria do crime em julgamento, o que, além de não questionado pela defesa, foi confessado pelo ora apelante nas duas fases da persecução criminal (f. 9 e 47/48).

No que tange à materialidade, ao contrário do alegado, tenho que também é inconteste, tendo sido comprovada pelo boletim de ocorrência (f.6/8), auto de apreensão (f.12) e laudo de constatação de f. 14/15.

De igual modo, ao contrário do alegado, o laudo pericial contém a regularidade formal exigida pelo art. 158 do CPP, estando subscrito por dois peritos, que atestaram a contrafação dos CDs apreendidos, seja pela ausência de

> código de barras-padrão, nome de nenhum dos fabricantes acima relacionados no folheto, número de catálogo - conforme padrões dos referidos fabricantes, bem como código do IFPI. As inscrições/numerações constantes nas peças-motivo não apresentam concordância com as características da peça-padrão.

Não bastasse isso, o laudo em comento, além de conclusivo, mostra-se coerente com as demais provas carreadas aos autos, notadamente com as declarações do próprio réu.

Contudo, ainda que assim não fosse, é bom lembrar que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o juiz forma a sua convicção pela livre apreciação da prova, significando que o juiz é soberano na análise das provas produzidas durante o processo, tendo a faculdade de formar livremente a sua convicção acerca dos fatos e do direito, atribuindo valor às provas, e, ao final, de decidir de acordo com seu convencimento.

Portanto, sem ignorar as reais desigualdades socioculturais existentes no País, assim como o crime como fato social que é, não há como aplicar à espécie o princípio da intervenção mínima, pois a lei incrimina aquele que vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, empresta, troca ou tem em depósito, com o intuito de lucro, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral (art. 184, § 2º, do CP), pouco importando que essa atividade vise à sobrevivência daquele que a pratica, pois podia e devia dedicar-se a uma atividade lícita.

No caso *sub judice*, não há dúvida de que o apelante conhecia a origem clandestina dos CDs que vendia, pois, ao ser preso, expressamente declarou "que um rapaz de Itaúna é quem lhe passa os CDs para vender, sendo que os revende por 3,50 a 4,00 reais e os adquire por 2,80, recebendo lucro de 0,80 pela venda de cada CD".

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 496

Dessa forma, o fato de o réu ser pobre, estar desempregado e sem condições dignas de sustentar a família não o autoriza a lesar os direitos dos artistas dos CDs que vendia, nem de terceiros que detenham os respectivos direitos autorais.

Logo, não prosperam as teses de inexigibilidade de conduta diversa, ou de estado de necessidade, já que as excludentes são usadas como mera desculpa da prática delituosa, pois é certo de que tinha conhecimento e consciência da ilicitude que praticava, até porque os CDs que comercializava trazem a advertência de que é proibida a reprodução. A propósito, sobre o assunto, confira-se a orientação jurisprudencial desta 3ª Câmara Criminal:

> Violação de direito autoral - Venda de CDs piratas - Art. 184, § 2º, do Código Penal - Elementos que evidenciam a culpabilidade do agente - Estado de necessidade - Afastamento. - No caso de deter o agente prévio conhecimento sobre a procedência ilícita das fitas contrafeitas e consciência da ilicitude de sua conduta, haja vista já ter sido denunciado por fato semelhante, descabe o pedido de absolvição. O estado de miserabilidade, além de não demonstrado, não pode servir de desculpa para a prática de atos ilícitos (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.0223.04.135623-7/001, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, v.u., j. em 11.10.2005, pub. no *DOMG* de 16.12.2005).

> Violação de direito autoral - Venda de CDs piratas - Princípio da intervenção mínima do direito penal - Conduta atípica - Miserabilidade da agente - Dignidade da pessoa humana - Consciência da ilicitude - Inconstitucionalidade da Lei 10.695/2003 - Uso atípico do direito penal. - É típica a conduta de expor à venda CDs reproduzidos sem a autorização de seu autor, por expressa disposição legal. - Inadmissível o afastamento de norma penal em razão do princípio da intervenção mínima do direito penal quando o civil trata da mesma matéria, já que somente este não se mostra capaz de prevenir e reprimir as reiteradas condutas ilícitas praticadas. - Impossível a absolvição da agente unicamente em razão de seu estado de miserabilidade. Agindo a autora com prévio conhecimento sobre a procedência ilícita dos CDs apreendidos, impossível se afastar a consciência da ilicitude de sua conduta. - É constitucional o aumento da pena mínima cominada para o delito de violação de direito autoral, através da Lei 10.695/2003, por demonstrar um maior desvalor à conduta, que deve ser duramente prevenida e reprimida (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.0223.04.147120-0/001, Rel.ª Des.ª Jane Silva, v.u., j. 25.07.2006, pub. no *DOMG* de 03.08.2006).

Assim, havendo certeza quanto à autoria e materialidade do delito imputado ao apelante, diante ausência de excludentes ou circunstâncias válidas para afastar do campo de reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, outra solução não resta senão afastar a pretensão absolutória amparada na situação social contemporânea.

Da mesma forma, melhor sorte não socorre o apelante quanto à pretensão de se desclassificar o delito que lhe foi imputado para a forma simples, ao argumento de que não restou comprovado o elemento subjetivo necessário para configurar o tipo penal descrito no art. 184, § 2º, do CP, isto é, o intuito de lucro direto ou indireto.

Em verdade, afere-se do acervo probatório colacionado aos autos, notadamente da confissão do autor, que a contrafação tinha sim intuito de lucro, pois o próprio apelante afirmou, em ambas as fases, que vendia os CDs com intuito de lucro, confira-se:

> (...) que um rapaz de Itaúna é quem lhe passa os CDs para vender, sendo que os revende por 3,50 a 4,00 reais e os adquire por 2,80, recebendo lucro de 0,80 pela venda de cada CD; que sua profissão é eletricista, mas está vendendo CD para ajudar nas despesas e não ficar parado enquanto está sem serviço; que faz uns três meses que está vendendo CDs pirateados (...) (f. 9).
> (...) é verdadeira a imputação que lhe é feita na denúncia; de fato, no dia, horário e local descritos na denúncia, estava expondo à venda, com intuito de lucro, cópias de CDs não autorizados pelos respectivos autores; com o interrogando foram apreendidos cento e dez CDs falsificados de cantores e conjuntos

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 497

> musicais diversos; havia comprado cada CD falsificado em Belo Horizonte pela importância de dois reais e os estava vendendo pela importância de três reais a unidade (...) (f. 47-48).

Com efeito, evidenciado ficou que a atividade do apelante tinha por objetivo auferir lucro direto com a venda dos produtos falsificados; como dito e explicado, sem qualquer rodeio por ele próprio, este era o meio pelo qual obtinha recursos financeiros para o seu sustento próprio e de sua família, pois estava desempregado na época dos fatos.

Dessarte, a conduta do ora apelante amolda-se, sem qualquer dúvida, ao tipo penal descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal, estando nela presentes todas as elementares do tipo pelo qual foi condenado, mostrando-se incabível a pretensa absolvição ou desclassificação para a forma simples.

Por fim, sendo a imposição de pagamento de custas processuais um dos efeitos da condenação (art. 804 do CPP), não há como isentar o agente dessa obrigação, ainda que o mesmo seja pobre no sentido legal, ou beneficiário da assistência judiciária gratuita, devendo, contudo, na fase de execução, a persistir o estado de miserabilidade, ser sobrestado o seu pagamento pelo prazo estabelecido no art. 12 da Lei 1.060/50.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, dou parcial provimento ao recurso, apenas e tão-somente para reduzir a pena de multa para 13 (treze) dias-multa, na fração unitária mínima, mantendo inalterados os demais termos da r. sentença vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Sérgio Resende e Jane Silva.*

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:::-

HOMICÍDIO QUALIFICADO - MOTIVO TORPE - EMBOSCADA - DENÚNCIA - REQUISITOS - INÉPCIA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - MATERIALIDADE - EXAME DE CORPO DE DELITO - AUTORIA - PROVA INDICIÁRIA - LEGÍTIMA DEFESA - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - INADMISSIBILIDADE - PRONÚNCIA - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - *IN DUBIO PRO SOCIETATE* - CRIME CONEXO - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - LEI MAIS BENÉFICA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - PRISÃO PROVISÓRIA - LEGALIDADE

Ementa: Processsual penal. Denúncia. Preenchimento dos requisitos legais. Rejeição da preliminar. Recurso em sentido estrito. Impronúncia do primeiro recorrente. Presença dos requisitos do art. 408 do CPP. Decisão do mérito que cabe ao Júri. Absolvição sumária do segundo recorrente. Impossibilidade. Legítima defesa que não se apresenta de plano. Tóxicos. Tráfico privilegiado. Lei mais benéfica. Retroação. Aplicação *ex officio*. Qualificadoras. Decote. Impossibilidade. Prisão acautelatória. Manutenção.

- A denúncia se mostra formalmente perfeita, quando descreve claramente a conduta considerada delituosa, atribuída aos agentes com todas as suas circunstâncias, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal.

- A pronúncia traduz mero juízo de admissibilidade da acusação, bastando apenas a prova da materialidade e dos indícios suficientes da autoria.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 498

- Somente é cabível o acolhimento da tese da absolvição sumária, com amparo na excludente de ilicitude da legítima defesa, quando o conjunto probatório mostra a sua ocorrência de maneira inequívoca.

- Quando houver lei especial dispondo sobre modificações que venham a beneficiar o acusado, deverá esta ser aplicada *ex officio*. A nova Lei de Tóxicos traz a conduta do tráfico privilegiado, aquele em que o agente, sem o intuito de auferir lucro com a distribuição da droga, concede a terceiros o uso daquela. Amoldando-se a conduta do pronunciado no delito de tráfico privilegiado, a desclassificação é imperativa, deixando, entretanto, a análise do mérito aos jurados, por se tratar de crime conexo.

- As qualificadoras somente devem ser decotadas quando se mostrarem manifestamente improcedentes, e esse não é o caso dos autos.

- Permanecendo o segundo recorrente preso ao longo de toda a instrução criminal e não se vislumbrando razões de peso para colocá-lo em liberdade, a prisão acautelatória deve ser mantida.

Improvimento do primeiro recurso. Provimento parcial do segundo recurso.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N° 1.0079.06.266244-4/001 - Comarca de Contagem - Recorrentes: 1º) Alexander Silva de Souza, 2º) Giovanni Ferreira das Neves - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2007. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se dos recursos.

Giovanni Ferreira das Neves e Alexander Silva de Souza foram pronunciados para responder perante o Tribunal do Júri, por possível infração ao art. 121, § 2º, I e IV, sendo o primeiro também pronunciado no art. 12 da Lei 6.368/76 (sentença de f. 270/276).

Inconformados, interpõem o presente recurso, sustentando preliminarmente, em síntese, que o processo é nulo, tendo em vista que a denúncia é inepta, pois não descreve os fatos com precisão e clareza, restando inobservado o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal; que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação ali constante; que tal ocorrência está a ferir os princípios da ampla defesa e do contraditório, requerendo por fim a nulidade do feito a partir do oferecimento da denúncia.

O primeiro apelante, em relação ao mérito, à f. 305/313, afirma que "... o pleito acusatório não encontra (...) lastro probatório suficiente para a sustentação de seus termos (...) que nenhuma testemunha presenciou a suposta fuga dos acusados...", batendo-se pela tese da negativa de autoria e requerendo a "sua absolvição sumária".

Requer alternativamente o decote das qualificadoras, por se apresentarem manifestamente improcedentes, acrescentando que somente aquelas de caráter objetivo se comuni-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 499

cam aos co-autores, não havendo falar em motivo torpe contra a sua pessoa.

O segundo, às f. 284/293, quanto ao mérito, requer a sua absolvição sumária, sustentando que "... os depoimentos das testemunhas corroboram a versão apresentada pelo recorrente e que os atos praticados pelo mesmo foram realizados após ter sido ameaçado pela pessoa de Cleonice, traficante naquele Bairro, que naquele momento fazia um acerto de contas com a vítima, utilizando o acusado, sob ameaças, para levar a termo a sua pretensão"; que a sua versão é sustentada desde a fase inquisitiva e comprovada ao longo da instrução criminal.

Alternativamente requer o decote das qualificadoras, visto que estas são de ordem subjetiva e ele se encontrava sob efeito de substância entorpecente no momento da ocorrência do evento danoso.

Em relação ao delito previsto pelo art. 12 da Lei 6.368/76, requer a sua absolvição, visto que não restou comprovada a traficância, sendo ele apenas usuário de drogas.

Pugna alternativamente pela expedição de alvará de soltura, para que possa aguardar o seu julgamento em liberdade, já que não contribuiu para o excesso de prazo havido, uma vez que se encontra preso há mais de 122 dias, sendo primário e possuidor de residência fixa.

Preliminarmente.

A denúncia não é inepta.

Esta se encontra às f. 02/04, formalmente perfeita, descrevendo claramente as condutas consideradas delituosas dos recorrentes, com todas as suas circunstâncias e até com minúcias, permitindo-lhes a perfeita compreensão daquilo que lhes é imputado, contendo todos os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, possibilitando-lhes o exercício da ampla defesa.

Outrossim, o Promotor de Justiça não está adstrito ao que consta no inquérito policial; este serve, tão-somente, para dar suporte, subsídio, ao oferecimento da denúncia.

Vale também ressaltar que, quanto ao crime de tráfico de drogas imputado ao segundo apelante, a exordial consigna que "... Giovanni forneceu a Bellini a mesma substância, também em desacordo com determinação legal e regulamentar".

A peça acusatória está apta ao fim a que se destina, retratando o modo como foram praticados os fatos considerados delitos.

Rejeita-se a preliminar.

Segundo narra a denúncia,

> No dia do crime, Cleonice forneceu ao denunciado Giovanni certa quantidade de 'crack', para que fosse usada juntamente com a vítima. Ao se ver sob o efeito da droga, a vítima, policial militar, estaria consideravelmente mais vulnerável ao atentado contra a sua vida. Giovanni, em prévio acordo com Cleonice, se dirigiu à casa de Bellini, lhe ofereceu substância entorpecente e ambos dela fizeram uso. Após certo tempo, terminado o uso da droga, Giovanni, afirmando que iria embora, pediu a Bellini que abrisse o portão de sua casa. Ao abrir o portão, Bellini foi atingido por vários disparos de arma de fogo efetuados por Cleonice, que, de tocaia, aguardava do lado de fora da casa. Cleonice passou outra arma para Giovanni, que ainda desferiu mais disparos contra a vítima indefesa. (...)
> Após isso, Cleonice fugiu do local em uma motocicleta pilotada pelo denunciado Alexander (f. 3).

Primeiramente será analisada a pretensão do acusado Alexander Silva de Souza, que na verdade se bate pela impronúncia, ante a ausência de provas acerca da autoria.

É sabido que a pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação.

O réu somente será impronunciado quando o julgador não se convencer da existência do crime pela ausência de prova da materialidade,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 500

e/ou pela total ausência de indicação da autoria, não sendo esse o caso *sub judice*.

Estão presentes todos os requisitos para que o recorrente seja pronunciado, para posterior julgamento perante o Tribunal do Júri.

A materialidade vem comprovada pelo ACD de f. 60/65.

Deve ser ressaltado que o co-autor, consoante inteligência do art. 29 do Código Penal, é todo aquele que "... de qualquer modo, concorre para o crime", incidindo nas penas cominadas, "... na medida da sua culpabilidade".

A co-autoria do acusado Alexander, num primeiro momento, restou evidenciada. Embora ele afirme que se encontrava em um "pagode" no dia da ocorrência, consta dos autos o depoimento da testemunha ocular do fato, Cleide Eliza Horta, esclarecendo às f. 212/214,

> ... que, no dia dos fatos, por volta das dezenove e trinta horas chamaram no portão (...); quando ela atendeu era Cleonice, que estava acompanhada de uma moça de cabelo vermelho que a depoente conhece como Lidiane e do rapaz da moto, que conhece como Neném, que era namorado de Cleonice e está inclusive aguardando para entrar na sala de audiência; que, chamado o acusado Alexander momentaneamente à sala de audiência, a depoente o reconhece como sendo a mesma pessoa que conhece como Neném; que ele estava inclusive de moto no dia, sendo que a moto estava estacionada e ele, Cleonice e Lidiane estavam na porta da sorveteria, quase em frente à casa da depoente(...); que (...) chegou a ver Cleonice deixando o local fugindo na garupa de uma moto; que essa moto cinza metálica era do namorado dela, Neném...

A prova plena da autoria é necessária para a condenação; na fase de pronúncia, bastam indícios, e estes se encontram perfeitamente evidenciados.

Existe a prova circunstancial de que ele levou a co-denunciada Cleonice ao local do evento danoso, aguardou a sua atuação e lhe propiciou fuga, pois deve ser considerado que, poucas horas antes da ocorrência, ele estava na companhia de Cleonice, na mesma moto usada na fuga, segundo o relato testemunhal.

Eis a jurisprudência:

> Na sentença de pronúncia, patenteada a materialidade do delito e os indícios da autoria, não há falar em impronúncia, uma vez que presentes os requisitos mínimos previstos no art. 408 do CPP (*RT* 755/598).

Em relação aos depoimentos das testemunhas Lidiane Ferreira Viana e Gerson Pires de Araújo Júnior, e da declaração prestada por Alexander, vale dizer que estes se apresentam conflitantes, relativamente ao horário da chegada e da saída do "pagode".

Certo é que a controvérsia da prova até então produzida impossibilita a impronúncia do acusado.

O segundo apelante, Giovanni Ferreira das Neves, não nega a autoria, entretanto sustenta ter agido sob o pálio da legítima defesa, pleiteando a absolvição sumária.

Tem-se que a absolvição sumária somente poderá ocorrer quando resultar transparente a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem de pena o réu, segundo o art. 411 do Código de Processo Penal.

Eis a jurisprudência:

> Para a absolvição sumária com base na legítima defesa, é mister que haja prova perfeitamente convincente da presença da causa de exclusão do crime, de modo que a formulação de um juízo de admissibilidade da acusação represente manifesta injustiça, pois, subsistindo controvérsia, o julgamento se transfere para o Tribunal do Júri (*RT* 758/524).

É cediço que a legítima defesa, para ser acatada numa decisão de pronúncia, deve afigurar-se cristalina, com todos os seus elementos constitutivos, quais sejam a defesa a alguma agressão injusta, atual ou iminente, e o uso moderado dos meios necessários.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 501

Pelo que se depreende das provas e das declarações constantes no processo, os elementos caracterizadores da legítima defesa não fluem clara e insofismavelmente dos autos. Vide os depoimentos das testemunhas presenciais Cleide Eliza Horta (f. 09/10 e 212/214) e Yuri Hora dos Santos (f. 14/15 e 215/246).

Também, é de se acrescer que, quando o recorrente adentrou a casa da vítima, ele já sabia da intenção de Cleonice e tacitamente com ela concordou. A alegada coação não passa de mera ilação, ficando Giovanni no puro exercício da argumentação, não cuidando de trazer aos autos qualquer prova nesse sentido.

Compete aos senhores jurados proferir ou não a condenação, aplicando-se nesta fase o princípio *in dubio pro societate*.

> O despacho de pronúncia, sendo meramente declaratório, faz ocorrer a inversão da regra procedimental do *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*, em razão de que somente diante de prova inequívoca é que deve o réu ser subtraído de seu juiz natural: o Júri (TJSP, Rec., Rel. Reynaldo Alves, *RT* 619/340).

Quanto ao delito de tráfico de substância entorpecente, no qual se encontra o recorrente Giovanni pronunciado, consigna a denúncia que "Giovanni forneceu a Bellini a mesma substância, também em desacordo com determinação legal e regulamentar" (fato inclusive que não é negado por Giovanni).

A nova Lei de Tóxicos traz a conduta do tráfico privilegiado, aquele em que o agente, sem o intuito de auferir lucro com a distribuição da droga, concede a terceiros o uso da mesma.

Quando houver lei especial dispondo sobre modificações que venham a beneficiar o réu, deverá esta ser aplicada.

A conduta do recorrente se amolda àquela prevista pelo art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06, qual seja a do tráfico privilegiado.

Sendo assim, por se tratar de lei mais benéfica e existindo provas indiciárias suficientes para que seja ele pronunciado nessa conduta, deve-se, *ex officio*, operar a desclassificação da conduta denunciada, para a prevista no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06, cabendo aos jurados a análise do mérito, por se tratar de crime conexo ao crime doloso contra a vida, inserido no mesmo contexto processual.

Relativamente às qualificadoras, somente aquelas manifestamente improcedentes merecem o decote nesta fase.

Os recorrentes respondem por homicídio duplamente qualificado, pelo motivo torpe e por emboscada.

As qualificadoras guardam sintonia com o conjunto probatório até então amealhado, não cabendo nesta fase recursal o decote, visto que ao Tribunal do Júri compete decidir acerca da procedência ou improcedência das mesmas.

A torpeza aparentemente não se afasta da prova até então amealhada, visto que o móvel da conduta é uma dívida oriunda da venda de drogas.

A qualificadora da emboscada também subsiste, na medida em que aparentemente a vítima fora atraída para a porta da sua residência, local onde Cleonice se colocou à sua espreita, aguardando-a e interceptando-a. Ao avistá-la, de inopino sacou de sua arma, efetuando os disparos contra a vítima, que foi colhida de surpresa e desarmada, quando não esperava o ataque.

Cleide Horta assim aduz:

> ... o que Cleonice fez foi uma covardia, porque sabia que Bellini era forte e tinha como reagir a uma agressão dela, e por isso o pegou desprevenido, sem que ele pudesse oferecer resistência... (f. 213)

Vale ressaltar a Súmula 64, das Câmaras Criminais Reunidas deste Tribunal de Justiça:

> Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 502

salvo quando manifestamente improcedentes (unanimidade).

Quanto à alegada natureza subjetiva do motivo torpe e a sua incomunicabilidade entre os agentes, deve ser observado que, apesar de a circunstância ser de caráter pessoal, se apresenta como elementar do tipo, porque quem participa da ação, de algum modo, deve responder em sua inteireza, cabendo ao Júri decidir acerca da sua aplicabilidade ao caso concreto.

Do mesmo modo, é absolutamente irrelevante o fato de que o segundo apelante se encontrava sob efeito de substância entorpecente no momento da ocorrência do evento danoso, porque, embora a qualificadora do motivo torpe seja de ordem subjetiva, o móvel da ação era a dívida por conta de droga, e ele sempre teve ciência disso.

Por fim, ressalte-se que Giovanni Ferreira Neves não faz jus à liberdade provisória, porquanto permaneceu ele preso durante toda a instrução processual, que já se findou - não havendo falar em excesso de prazo -, não existindo motivos para colocá-los em liberdade neste momento.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao primeiro recurso, dando-se parcial provimento ao segundo recurso para tão-somente desclassificar a conduta descrita no art. 12 da Lei 6.368/76, para a prevista no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Antônio Armando dos Anjos e Jane Silva.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO.

-:::-

TORTURA - CRIME PRÓPRIO - LESÃO CORPORAL - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - POSSIBILIDADE - CONDENAÇÃO - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - RESTRITIVA DE DIREITOS - INADMISSIBILIDADE

Ementa: Tortura. Crime próprio. Desclassificação de ofício. Lesão corporal. Apelação. Pedido de absolvição. Provimento parcial.

- Como o crime de tortura é próprio, só podendo ser praticado por agente público, há que se desclassificar a imputação da prática de tal delito, quando o réu não ostenta aquela qualidade, para o crime de lesões corporais, se este último tipo penal se enquadra à conduta narrada na denúncia. Desclassificada, de ofício, a condenação imposta em primeiro grau, do crime de tortura para o de lesão corporal.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0702.06.278004-5/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: L. H. S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 6 de junho de 2007. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 503

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - A r. sentença de f. 112/122 julgou procedente a denúncia, condenando o réu L.H.S. como incurso nas sanções do art. 1º, II c/c § 4º, II, da Lei 9.455/97 à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime semi-aberto.

A defesa interpôs recurso de apelação pedindo a absolvição do acusado, ao argumento de que ele não foi o autor dos fatos (f. 126/135).

O Ministério Púbico apresentou contrarazões, pela manutenção da sentença (f. 137/140).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (f. 144/146).

Conheço do recurso.

Consta dos autos que, no dia 06 de outubro de 2005, o apelante buscou a vítima, filho de sua companheira, na creche e levou-a para casa, submetendo o menor E.C.S. a imenso sofrimento físico e mental, mediante emprego de violência para que a criança parasse de chorar.

A mãe da vítima, L.A.S., chegou em casa e encontrou o filho chorando, com a testa inchada e, então, resolveu levá-lo ao hospital, onde foi informada pelo médico que seu filho tinha sido vítima de espancamento (f. 07/10).

As fotos de l. 30 não deixam qualquer tipo de dúvida de como a vítima foi severamente agredida.

O apelante nega a autoria do crime, mas afirma que, quando buscou a criança na creche, ela não apresentava nenhuma lesão (f. 9/10 e 53/55).

A.F.S., pessoa que deu carona ao apelante e à criança quando estes saíram da creche, afirmou que a criança não apresentava nenhum ferimento. Declarou, ainda, que foi procurado pelo apelante para que confirmasse que as lesões eram provenientes de uma queda sofrida pela criança (f. 14/15), ficando evidenciado que o apelante tentou forçar a testemunha a alterar a verdade, com o nítido intuito de se isentar da responsabilização pela lastimável conduta que praticara.

A mãe do apelante também nega que seu filho seja o autor dos fatos, mas confirma que, ao buscar o menor na creche, ele não apresentava nenhuma lesão (f. 26/27).

C.T.M., funcionária da creche, assevera que a criança deixou a creche em perfeitas condições físicas e que não sofreu nenhuma queda na referida creche (f. 17/18).

B.N. também assegura que a criança deixou a creche sem ferimentos (f. 19/20).

O apelante, apesar de negar os fatos, não apresentou nenhuma explicação plausível para os ferimentos sofridos pela criança. Disse que foi buscar o seu enteado na creche e que ele chorava muito. Por fim, deu a inverossímil explicação que a cabeça da vítima simplesmente começou a inchar sem qualquer explicação.

Diante de tais elementos de prova, não se tem como negar a autoria.

Evidenciada, portanto, está a autoria dos fatos, ficando demonstrado que o apelante foi o agressor do menor E.C.S.

De outra parte, porém, ele não pode ser condenado pelo crime do art. 1º, II c/c o § 4º, II, da Lei 9455/97. É que o apelante não é agente público.

Sendo assim, ainda que provados os fatos que, em tese, poderiam configurar o delito de tortura, como tal não pode ser enquadrado, uma vez que o delito do art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97 é crime próprio, somente praticável por agente público.

Nesse sentido, já decidiu esta Câmara, quando do julgamento da Apelação Criminal nº

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 504

1.0000.00.268999-0/001, de que foi Relator o eminente Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, oportunidade em que foi sustentado que a infração penal do citado 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, do qual o Brasil é signatário, as quais possuem status de norma constitucional e se acham integradas automaticamente ao ordenamento jurídico interno.

Por esta razão, a conduta imputada ao apelante, capitulada como crime de tortura, deve ser desclassificada para a prevista no art. 129 do Código Penal.

Do exposto, desclassifico a conduta do apelante, tipificada como sendo o delito do art. 1º, II, c/c § 4º, II, da Lei nº 9.455/97, para o crime do art. 129 do CP.

Passo à fixação da pena.

O apelante é imputável, possuía consciência da ilicitude e era-lhe exigida conduta diversa; possui bons antecedentes, é primário; não há nada nos autos com relação à sua conduta social e à sua personalidade; o motivo do crime é fútil, uma vez que agiu pelo fato de se sentir incomodado pelo choro do filho de sua companheira, de apenas 1 ano e 9 meses de idade, e, por ser fútil, será considerado apenas como agravante; as circunstâncias se revestem de extrema crueldade, tendo em vista que uma criança, com toda sua fragilidade, foi brutalmente agredida por um adulto; as conseqüências, graves, em razão dos ferimentos sofridos pelo menor, que podem implicar severos traumas de natureza emocional na vítima, caso não sejam tratados por especialistas; por fim, a vítima em nada contribuiu para a prática do delito.

Com base nessas circunstâncias judiciais, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 9 meses de detenção.

Presente a atenuante do inciso I do art. 65 (menor de 21 anos na data do fato), diminuo a pena para 6 meses.

Em razão das agravantes do art. 61, inciso II, alíneas "a" (motivo fútil), "d" (tortura) e "f" (prevalecendo-se das relações domésticas e de coabitação), aumento a pena para 1 ano de detenção.

Inexistem causas de aumento e de diminuição da pena.

O regime de cumprimento da pena é o aberto (CP, art. 33, § 2º, "c", e § 3º).

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão de o crime ter sido cometido com violência à pessoa.

Em resumo: de ofício, desclassifico a conduta do apelante, tipificada como sendo o delito do art. 1º, II, c/c o § 4º, II, da Lei nº 9.455/97, para o crime do art. 129 do Código Penal, ficando a pena fixada em 1 ano de detenção no regime inicialmente aberto.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Hyparco Immesi e Beatriz Pinheiro Caires.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

HOMICÍDIO CULPOSO - CRIME DE TRÂNSITO - ATROPELAMENTO - NEGLIGÊNCIA - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - CULPA CONCORRENTE - COMPENSAÇÃO - INADMISSIBILIDADE

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 505

Ementa: Crime de trânsito. Homicídio culposo. Absolvição. Apelação do Ministério Público. Vítima visualizada com antecedência pelo condutor do veículo, que, inclusive, relatou ter notado que ela estava "com movimentos descontrolados, como se estivesse cambaleando". Simples manobra de desvio, só freando o veículo após o atropelamento. Negligência configurada. Provimento da apelação ministerial.

- Denota-se do acervo probatório dos autos, inclusive do que declarou o próprio apelado, que ele, numa pista plana, com boa visibilidade, avistou a vítima já na faixa central de rolamento "e observou que ela estava com movimentos descontrolados, como se estivesse cambaleando" (f. 35/37), e, em vez de reduzir intensamente a velocidade do veículo, freando-o, como impunha a prudência, ele apenas desviou para o trecho já percorrido pela vítima, só vindo a frear após atropelá-la: "então o apelado freou, mas já tinha atropelado a vítima" (f. 35/37). Patenteada, assim, a culpa do apelado pelo sinistro, que agiu imprudentemente diante da situação que a ele se apresentou, sendo de se ressaltar que na seara do direito penal não se admite compensação de culpas.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.04.306592-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Lázaro Nigri Neto - Relator: Des. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2007. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Delmival de Almeida Campos - O Promotor de Justiça da 6ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte ofereceu denúncia contra Lázaro Nigri Neto, tendo-o por incurso nas sanções do art. 302 do Código de Trânsito.

Recebida a denúncia, processou-se o feito, sendo o acusado, ao final, absolvido por insuficiência de provas.

A acusação apelou, razões às f. 132/136, alegando que restou demonstrada, nos autos, a conduta culposa do apelado, "[...] seja por conduzir o seu veículo em alta velocidade, seja por deixar de reduzir a velocidade do veículo, mesmo percebendo que a vítima atravessava a via" (f. 134); que o apelado conduzia o veículo em alta velocidade; que a testemunha Célio dos Santos Lopes afirmou que a velocidade imprimida pelo apelado em seu veículo era de oitenta a noventa quilômetros por hora; que a velocidade máxima para o local era de sessenta Km/h; que era dever do apelado "[...] conduzir o veículo em velocidade tal que, ante a circunstância de perceber a travessia de um pedestre, pudesse evitar o acidente, sendo certo ainda que, tendo o acusado de fato percebido a travessia da vítima, deveria reduzir ainda mais a velocidade do veículo, e não confiar na trajetória a ser seguida pela vítima, tentando passar com o veículo por trás da mesma" (f. 135).

Contra-razões da defesa às f. 142/146, pelo desprovimento, e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 151/155, pelo provimento da apelação.

Recurso próprio e tempestivo, dele conheço.

Não há preliminares argüidas ou que devam ser conhecidas de ofício.

Quanto ao mérito, transcrevo, de início, trecho das declarações do apelado, quando do inquérito:

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 506

> [...] que era por volta das 10h30 e estava o declarante indo de Belo Horizonte para General Carneiro, em Sabará, quando aconteceu o acidente; que a avenida é provida de três faixas para cada mão de direção, sendo as pistas separadas por canteiro central; que a visibilidade é boa, é uma reta, plana; que o declarante estava indo na faixa da esquerda, salientando que estava dentro da velocidade permitida, que sabe ser de 60 Km/h, pois não tem o costume de correr, bem como nunca se envolveu em acidente de trânsito antes; que em certo momento o declarante avistou a senhora (vítima), a qual estava um pouco depois da faixa que estava o declarante, ou seja, no início da faixa central, e observou que ela estava com movimentos descontrolados, como se estivesse cambaleando; que o declarante prosseguiu e repentinamente a vítima deu um giro e voltou, entrando na frente do veículo, acontecendo o impacto, então o apelante freou, mas já tinha atropelado a vítima; salienta que não freou antes porque não estava esperando aquela reação da vítima de voltar para a faixa em que estava o veículo (f. 35/37).
>
> [...] que de fato percebeu que a vítima atravessava a pista no sentido da esquerda para a direita, considerando a posição do motorista; que assim conduzia o veículo com o objetivo de passar por trás da vítima quando a mesma inopinadamente recuou, voltando para o ponto em que se encontrava (f. 58, em juízo).

A única testemunha presencial relatou:

> [...] a senhora (vítima) estava atravessando a pista, vindo do canteiro central para o lado em que estava o depoente; que o veículo foi para a faixa da esquerda, desviando da vítima, e daria para ele passar pela vítima, não tivesse ela se assustado com o veículo e voltado, momento em que foi atropelada, tendo sido atingida na frontal esquerda (lado do motorista); que a vítima foi lançada para cima (Célio dos Santos Lopes, f. 28).

A mesma testemunha relatou, em juízo, que a velocidade do veículo atropelador no momento "[...] deveria ser de noventa quilômetros, de oitenta a noventa quilômetros" (f. 98).

A questão crucial no caso não é que tenha restado demonstrado ou não que a velocidade desenvolvida pelo apelado era ou não superior à permitida (60 Km/h).

E também é evidente que o apelado não poderia ter conhecimento de que se tratava de pessoa idosa e com a saúde comprometida, sujeita, às vezes, até mesmo a descontrole, inclusive motor, conforme os relatórios médico-hospitalares acostados aos autos.

Mas a culpa do agente, que restou suficientemente caracterizada *in casu*, decorreu da previsibilidade do evento, porque uma pessoa idosa e hesitante atravessava a via por onde ele circulava, tratando-se de local plano, com boa visibilidade, mesmo à distância.

Em aresto desta mesma Câmara, Apelação Criminal nº 1.0024.01.546159-3/001, Comarca de Belo Horizonte, que relatei, colacionei alguns arestos perfeitamente pertinentes ao caso em comento:

> - A hesitação, o titubeio, a insegurança do pedestre que atravessa a rua, ante a aproximação de um veículo, é fato previsível; daí a necessidade de o motorista tomar cautelas para não atropelá-lo, reduzindo a marcha de seu veículo de tal maneira que possa passar por ela sem provocar acontecimento lesivo, ou mesmo para possibilitar que ela complete em segurança a travessia (TACrimSP, *JUTACrim* 90/391).
>
> - Age culposamente o motorista que, divisando pedestre idoso e de andar trôpego a atravessar a via pública, deixa de diminuir a marcha do veículo (TACrimSP, *JUTACrim* 43/244).
>
> - O motorista que tem à frente um ancião que procura atravessar a via pública deve acautelar-se, por ser perfeitamente previsível venha o mesmo a se atrapalhar na travessia objetivada (TACrimSP, *JUTACrim* 32/326).

No mesmo voto, transcrevi a seguinte ementa de aresto do STJ:

> - A culpa, à semelhança do dolo, é uma atitude contrária ao dever, portanto reprovável da vontade, no dizer de Antolisei.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 507

> - Previsível o acidente, tem-se o réu culpado pelos crimes descritos na denúncia (REsp 28.496-3, *DJU* de 27.09.1993, p. 19.835).

Acrescento ainda:

> Age com imprudência o motorista que, aleatoriamente, jogando com a hesitação da vítima no meio da pista, não diminui a marcha, na expectativa de que nada aconteça (*RDJ* 4/113).

E, *mutatis mutandis*:

> Age com culpa e responde por homicídio o motorista que, percebendo com relativa antecedência que vítima septuagenária atravessa a via pública, não adota manobra eficaz para estancar seu veículo ou reduzir-lhe a velocidade, procurando apenas desviá-lo para a parte já percorrida pelo pedestre, que, assustado, põe-se em retorno e é atingido pelo automóvel, vindo a falecer (TACrimSP, Apelação Criminal, Rel. Juiz Arnaldo Viotti, j. em 17.12.1997).

E denota-se do acervo probatório dos autos, inclusive do que declarou o próprio apelado, que ele, numa pista plana, com boa visibilidade, avistou a vítima já na faixa central de rolamento "e observou que ela estava com movimentos descontrolados, como se estivesse cambaleando" (f. 35/37).

Ao invés de reduzir intensamente a velocidade do veículo, freando-o, como impunha a prudência, ele apenas desviou para o trecho já percorrido pela vítima, só vindo a frear após atropelá-la: "então o apelado freou, mas já tinha atropelado a vítima" (f. 35/37).

Patenteada, assim, a culpa do apelado pelo sinistro, que agiu imprudentemente diante da situação que a ele se apresentou, sendo de se ressaltar que, na seara do direito penal, não se admite compensação de culpas.

Diante do exposto, julgo procedente a denúncia para condenar o apelado pela prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Passo à dosimetria das reprimendas.

As circunstâncias do acidente e a culpabilidade do agente não ultrapassam a média inerente ao próprio tipo penal; são bons os seus antecedentes, conduta social e personalidade; as conseqüências foram as próprias do delito; o comportamento anterior da vítima contribuiu em parte para o sinistro; não há que se falar de motivação, em se tratando de delito culposo.

Assim, fixo-lhe a pena-base no mínimo legal, 02 (dois) anos de detenção, regime inicial aberto, e consolido-a nesse patamar, ausentes atenuantes ou agravantes e também causas especiais de aumento ou diminuição.

Presentes os pressupostos do art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade, na forma do art. 46 e parágrafos do mesmo Codex, em entidade beneficente a ser designada pelo Juiz da execução; e prestação pecuniária de dois salários mínimos em favor dos sucessores da vítima, com compensação em caso de eventual condenação na esfera cível.

Fixo também, observadas as nuanças do caso em comento, já relatadas no corpo deste voto, em 06 (seis) meses, por entender como necessário e suficiente para a prevenção e repressão do delito (CP, art. 59) o prazo da suspensão da habilitação do apelado.

É em tais termos que provejo a apelação.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *William Silvestrini e Walter Pinto da Rocha.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 508

FURTO - TENTATIVA - ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - MOMENTO DA AÇÃO - ATO PREPARATÓRIO - ATO DE EXECUÇÃO - CONDUTA TÍPICA - CARACTERIZAÇÃO - *ITER CRIMINIS* - CONDENAÇÃO

Ementa: Penal. Furto. Início da execução. Ocorrência. Não-realização de ato exteriorizador da conduta típica (subtrair). Irrelevância. Adoção da teoria objetivo-individual. Acusado cujo plano delitivo consistia em alcançar uma janela situada em marquise e arrombá-la para, em seguida, ingressar em estabelecimento comercial e subtrair bens e/ou valores. Interrupção pela vítima quando já se iniciava o arrombamento. Ato que se revela antecedente, imediato e indispensável à subtração, de acordo com o plano concreto do autor. Condenação mantida. Recurso improvido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0145.06.331071-1/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Aníbal de Moraes Filho - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2007. - *Hélcio Valentim* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Hélcio Valentim - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, contra Aníbal de Moraes Filho, imputando-lhe a prática de fato tipificado como tentativa de furto majorado pelo repouso noturno, nos termos do art. 155, § 1º, c/c o art. 14, II, do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 11 de agosto de 2006, o denunciado subiu na marquise da Padaria Milk Pão, de onde tentou subtrair para si bens e valores, só não logrando êxito por circunstâncias alheias à sua vontade, uma vez que, quando arrombava o basculante, foi avistado pelo dono do estabelecimento comercial, que acionou a Polícia Militar.

A inicial acusatória veio acompanhada de inquérito policial, instaurado pelo auto de prisão em flagrante delito (f. 4/40).

Recebida a denúncia (f. 79), o acusado foi regularmente citado (f. 86) e interrogado, ocasião em que confessou o delito, apenas destacando que não chegara a cometer o arrombamento (f. 83).

Defesa prévia à f. 90.

Em audiência de instrução, foram ouvidas a vítima e uma testemunha (f. 105/106).

Na fase do art. 499 do CPP, nada foi requerido.

Em alegações finais, o Promotor de Justiça pugnou pela condenação, nos exatos termos da denúncia. A defesa, a seu turno, sustentou que não houve início de execução, razão pela qual não se materializou a lesão ou o perigo de lesão a bens jurídicos. Diante disso, pediu a absolvição.

Sentença às f. 119/122, através da qual foi o réu condenado como incurso nas iras do art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, do Código Penal, a seis meses de reclusão, em regime fechado, e seis dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo.

Inconformada, apelou a defesa (f. 133).

Em suas razões recursais, insiste na tese de que não houve início de execução, ressaltando que o réu não praticou nenhum ato que exteriorizasse a conduta típica prevista no art. 155 do Código Penal.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 509

Em contra-razões, o *Parquet* rebate a tese defensiva e manifesta-se pelo improvimento do recurso, no que foi apoiado no parecer emanado da douta Procuradoria de Justiça.

Eis, do que importa, o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Preliminares.

Não há preliminares a serem analisadas, nem nulidades a serem reconhecidas de ofício.

Mérito.

Cinge-se o mérito do recurso à questão da configuração, ou não, da tentativa de furto, diante da situação concreta que se apresenta para julgamento e, com isso, ingressa em um dos temas mais tortuosos, polêmicos e complexos da teoria do crime, qual seja a separação entre atos meramente preparatórios e início da execução.

Consta dos autos que o denunciado subiu na marquise da Padaria Milk Pão e tentava ingressar no estabelecimento comercial, momento em que foi surpreendido pela vítima, que acionou a Polícia Militar. Sobre a dinâmica dos fatos, confiram-se as declarações da vítima Antônio Reis de Sá: "por volta das 3h da madrugada, ouviu um barulho na marquise e viu uma pessoa tentando entrar pelo basculante da padaria, então chamou a Polícia" (f. 106).

Na fase extrajudicial, fora mais enfático quanto à tentativa de arrombamento, destacando que "tal elemento estava tentando forçar o basculante da padaria para entrar na mesma" (f. 6).

O próprio acusado confessa os fatos e assume o dolo de furtar; se não, veja-se:

> que estava em dificuldades financeiras, resolveu praticar furto na padaria; para tal, subiu na marquise, mas, quando ia tentar entrar na padaria, apareceu a Polícia e prendeu o depoente; que não chegou a quebrar nenhum basculante (f. 83).

Incontroverso, então, o elemento subjetivo, ficando em aberto apenas a questão objetiva, demandando perquirir-se se houve, ou não, início de execução.

Embora o réu afirme não ter logrado êxito em quebrar o basculante, é de se assumir que, concluída a escalada com o alcance da marquise, o arrombamento tivera início quando ele foi surpreendido pela vítima. Isso porque, enquanto o réu não nega ter dado início ao arrombamento (observe-se que ele apenas afirma que não quebrou o basculante), a vítima afirma a ocorrência de atos visando ao arrombamento.

A palavra da vítima, em crimes que soem ocorrer na clandestinidade é, como se sabe, de vital importância para a elucidação dos fatos e, por isso, vem sendo admitida como bastante para sustentar uma condenação. Nesse sentido:

> A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de se admitir a palavra da vítima como fundamento suficiente a ensejar a condenação, especialmente em crimes praticados às escondidas. Precedentes (STJ - 6ª Turma - Ag. Reg. 660408/MG - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - j. em 29.11.05).

Evidente que o denunciado ainda não tinha iniciado a realização do verbo nuclear do tipo penal em análise, na medida em que não tinha começado a subtrair algo. Porém, a fixação no verbo típico como critério diferenciador dos atos preparatórios daqueles que podem ser tidos como iniciais da execução (critério formal-objetivo) - como parece sustentar a defesa, quando afirma que o acusado "não chegou a exteriorizar nenhum comportamento que possa ser enquadrado como ato de exteriorização da conduta típica" (f. 134) - há muito se revelou insuficiente, conforme ensinam os mestres Zaffaroni e Pierangeli, a saber:

> A evidente insuficiência do critério formal-objetivo surgiu em face da clara idéia de que

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 510

> o legislador quis abarcar na sua proibição também os atos que são imediatamente anteriores à realização da conduta típica, pois, do contrário, deixaria o bem jurídico desprotegido diante de condutas que constituem verdadeiras ofensas, por seu caráter ameaçador - o que as torna temíveis - e que o perturbam, podendo, inclusive, ofendê-lo eventualmente, através do perigo (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 50).

E, mais à frente, concluem que:

> Os atos de tentativa só podem ser aqueles que se mostram como ameaçadores, como capazes de infundir temor e de perturbar, por conseqüência, a relação de disponibilidade do ente que o Direito considera que o homem necessita para a sua auto-realização (*op. cit*., p. 53).

A partir daí, a doutrina aponta diferentes critérios de natureza material-objetiva, sendo certo que todos eles buscam uma forma de qualificar, como início da execução, atos anteriores à realização do verbo que constitua o núcleo do tipo penal. Entre eles, destaca-se aquele que recorre a uma, dentre as famosas fórmulas de Frank, e que "inclui na tentativa as ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem como parte integrante dela, segundo uma 'concepção natural" (*op. cit*., p. 50).

Além do critério elaborado por Frank, o chamado critério objetivo-individual, sustentado por Welzel, é aquele que mais agrada à doutrina. Segundo ensina o pai do finalismo: "a tentativa começa com aquela atividade com que o autor, de conformidade com o seu plano de delito, se esmera de maneira imediata à realização do tipo" (*apud* Zaffaroni e Pierangeli, *op. cit*., p. 54).

Ora, *in casu*, segundo o plano concreto do autor (amplamente comprovado), o ato de subir numa marquise e dar início ao arrombamento do local eleito para o ingresso no estabelecimento vítima tem vinculação necessária e constitui antecedente imediato e indispensável da subtração.

É de se destacar que, em crime de furto, os meios para vencer a proteção ao bem são especialmente considerados, inclusive, como integrantes da ação delitiva, tanto que, em geral, qualificam o furto, integrando o tipo penal de furto qualificado (mediante rompimento de obstáculo, escalada, destreza, uso de chave falsa, entre outros). E inegável se afigura que, se tais meios (*in casu*, o arrombamento) podem fazer parte do tipo, a sua execução, ainda que parcial ou mal-sucedida (por interrupção), por óbvio, deve ser considerada como ato de tentativa.

Portanto, conclui-se que, no caso dos autos, as fases de cogitação e preparação já haviam sido superadas, estando o réu, quando surpreendido, no início da fase punível do *iter criminis*, razão pela qual a condenação foi bem lançada.

Tudo considerado, nego provimento ao recurso, para manter, tal como lançada, a r. sentença.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Alexandre Victor de Carvalho e Vieira de Brito.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO DA PENA - UNIFICAÇÃO - LIMITE - INCIDENTE DE EXECUÇÃO - PROGRESSÃO DE REGIME - LIVRAMENTO CONDICIONAL - REMIÇÃO - COMUTAÇÃO - PRAZO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 511

Ementa: Penas. Unificação. Benefícios ao condenado. Limite máximo das penas unificadas. Postergação do tempo de cárcere já cumprido.

- Uma vez efetuada a unificação, haverá somente uma pena a ser cumprida, e, sobre ela (a pena unificada), basear-se-ão os benefícios legalmente previstos.

- A unificação de penas só tem o condão de limitar o tempo de efetivo encarceramento, desprezando o tempo já cumprido. Todavia, o limite das penas unificadas, a que se refere o art. 75 do CP (trinta anos), não constitui parâmetro à obtenção dos benefícios estabelecidos na Lei de Execução Penal (progressão de regime, livramento condicional, remição, comutação e outros). Entendimento em contrário equivaleria à utilização da lei penal como incentivo à criminalidade, fazendo com que, por exemplo, um condenado à pena total de 150 anos obtivesse, com a unificação, benefícios como livramento condicional, progressão, remição ou comutação em tempo igual ao do condenado a uma pena total pouco maior de 30 anos e também unificada em trinta.

RECURSO DE AGRAVO N° 1.0000.06.439219-4/001 - Comarca de Contagem - Recorrente: Marcelo Barreto dos Santos - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Acórdão

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

Belo Horizonte, 19 de abril de 2007. - *Hyparco Immesi* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Hyparco Immesi - Foi o agravo em execução (f. 02/07-TJ) interposto por Marcelo Barreto dos Santos, contra a r. decisão (f. 11-TJ), da lavra do dinâmico Magistrado Dr. Livingsthon José Machado, que indeferiu o seu pedido de retificação do levantamento de penas.

Ao interpô-lo, vale-se Marcelo das seguintes alegações: a) que o cumprimento da pena ocorreu em 12.12.2006, data em que seria extinta a punibilidade em razão de seu integral cumprimento, e não em 21.06.2008, conforme equivocadamente atesta o levantamento de pena (f. 04); b) que seu pedido de retificação da pena foi indeferido ao fundamento "(...) de que os benefícios da LEP, entre eles a remição, são aferidos com base na pena total" (f. 04); c) que "(...) a unificação das penas, nos termos do art. 75, § 1º do CP, irradia seus efeitos, inclusive, para os incidentes da execução, entre eles a remição, fixando o marco legal para o cômputo das benesses legais" (f. 04); d) que há jurisprudência a embasar sua tese (f. 04/06).

Almeja o agravante o provimento do recurso, a fim de ser reformada a r. decisão, determinando-se a retificação do levantamento de suas penas e a concessão ao agravante do direito à progressão de regime, utilizando-se para tal da unificação de 30 anos (f. 07).

Há contra-razões (f. 36/38).

Em juízo de retratação, foi mantida a r. decisão objurgada (f. 39).

O Ministério Público de 2º grau, em r. parecer da lavra da conceituada Procuradora de Justiça Dr.ª Maria Solange Ferreira de Moraes (f. 43/44), recomenda o desacolhimento da cogitação recursal.

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 512

Conhece-se do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Como salientado alhures, o recurso de agravo em execução foi interposto contra a r. decisão que indeferiu o pedido de retificação do levantamento das penas do agravante, condenado em dezoito processos, perfazendo um total de 155 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão.

Impõe-se, pois, tão-só adequar a pena a cumprir, reduzindo-a ao limite legal de trinta anos.

A propósito preceitua o § 1º do art. 75 do Código Penal:

> Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.
> § 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

A unificação de penas só tem o condão de limitar o tempo de efetivo encarceramento, desprezando o tempo já cumprido. Todavia, o limite das penas unificadas a que se refere o art. 75 do CP (trinta anos) não constitui parâmetro à obtenção dos benefícios estabelecidos na Lei de Execução Penal (progressão de regime, livramento condicional, remição, comutação e outros). Entendimento em contrário equivaleria à utilização da lei penal como incentivo à criminalidade, fazendo com que, por exemplo, um condenado à pena total de 150 anos obtivesse, com a unificação, benefícios como livramento condicional, progressão, remição ou comutação em tempo igual ao do condenado a uma pena total pouco maior de 30 anos e também unificada em trinta.

A propósito, a doutrina do renomado processualista Damásio E. de Jesus:

> Esse limite não se aplica ao livramento condicional e a outros institutos, como remição, comutação, etc. De modo que, condenado a trinta anos de prisão, não é suficiente que o condenado reincidente cumpra quinze para obter o livramento condicional. Nesse sentido: *RT*, 603:324, 604:335, 605:276, 609:324, 612:406, 611:455, 606:297 e 308 e 600:330; TACrimSP, AE 456.169, *JTACrimSP*, 90:179, e 92:202; *RJTJSP*, 97:456, 98:494, 109:489 e 96:484; *RF* 377:563, *RTJ*, 118:497; STF, *HC* 65.522, *DJU* de 11.12.1987, p. 28273 (*Código Penal anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 192).

Em igual sentido, a jurisprudência:

> Agravo em execução - Nova condenação por fato posterior ao início do cumprimento da reprimenda - Unificação de penas - Cômputo que despreza o tempo já cumprido e tem como único efeito limitar o efetivo encarceramento, não servindo de parâmetro para concessão de outros benefícios - Inteligência do art. 75 e parágrafos do Código Penal. Progressão de regime e saídas temporárias - Pedido que, primeiramente, deve ser analisado no juízo da execução, sob pena de supressão de instância - Recurso desprovido (Processo nº 1.0000.00.314378-1/000 - Recurso de Agravo - Relator: Des. Sérgio Resende).

> Pena - Unificação - Limite de trinta anos para cumprimento - Tempo que não serve de parâmetro para a concessão de benefícios da execução - Interpretação do art. 75 DO CP - A norma insculpida no art. 75 do Código Penal diz respeito ao tempo de efetiva prisão, máximo de trinta anos. Porém, esse patamar não constitui parâmetro para a concessão de benefícios previstos na Lei de Execução Penal, como a progressão de regime e o livramento condicional. Recurso conhecido e provido (Processo nº 1.0000.05.421382-2/001 - Recurso de Agravo - Relator: Des. Gudesteu Biber).

Ainda a propósito, pronunciou-se o STJ, ao julgar o *HC* 194-SP, por sua 6ª Turma, Relator o Ministro José Cândido. À colação, a respectiva decisão:

> Limite das penas. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos (art. 75 do Código Penal). Unificação para atender ao limite máximo (art. 75, § 1°, do Código Penal). Multiplicidade delitiva com soma superior aos trinta anos.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 513

O condenado, por tempo superior aos trinta anos, não tem direito ao livramento condicional, nem à progressão dos regimes de cumprimento da pena, nem aos demais benefícios da lei, nos prazos normalmente deferidos aos que não ultrapassam os trinta anos.
Hipótese em que o impetrante só obteve no Juízo das Execuções o reconhecimento do limite máximo de duração do cumprimento da pena, negados os demais favores da lei. *Habeas corpus* objetivando essas vantagens.
A Suprema Corte, em decisão recente, tomou posição contrária à pretensão do autor, ao considerar que dessa unificação não resultará qualquer outro efeito, senão o limite máximo da pena privativa de liberdade em trinta anos (*HC* n° 66.212-9-SP, *DJ* de 16.02.90).
O § 1º do art. 75 do Código Penal é expresso ao afirmar que 'as penas devem ser unificadas para atender ao limite deste artigo', como adverte Damásio de Jesus, favorável ao entendimento consagrado pelo Supremo.
Admitir-se o contrário seria utilizar lei penal como estímulo à multiplicidade delitiva, desde que assegurava uma vantagem ao criminoso, condenado a cento e cinqüenta ou mais anos de reclusão, de obter livramento condicional ou progressão, no mesmo tempo de um condenado somente a uma pena ou mais, sem ultrapassar o limite de trinta anos de reclusão.
Ordem denegada (*DJU* de 18.06.1990, p. 5.691).

A matéria *sub judice* não comporta mais nenhuma discussão, pois que já sedimentada pela Súmula nº 715 do excelso Pretório:

A pena unificada para atender ao limite de 30 anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

Em suma, o agravante não demonstrou já satisfazer o requisito objetivo do benefício pleiteado (progressão), ou seja, não resgatou 1/6 da soma das penas unificadas.

À luz do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Reynaldo Ximenes Carneiro e José Antonino Baía Borges.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO DA PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA - PROGRESSÃO - EXAME CRIMINOLÓGICO - MAGISTRADO - PODER DISCRICIONÁRIO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - VALORAÇÃO DA PROVA - INADMISSIBILIDADE - DENEGAÇÃO DA ORDEM

Ementa: _Habeas corpus_. Execução penal. Progressão de regime. Nova redação do art. 112 da LEP. Determinação de exame criminológico. Possibilidade. Constrangimento ilegal. Inexistência. Aferição de requisitos subjetivos. Inviabilidade em _habeas corpus_. Não-conhecimento em parte. Denegação na parte conhecida.

- Embora o art. 112 da LEP, com o advento da Lei 10.792/03, não traga qualquer referência ao exame criminológico, é certo que não lhe veda a realização, se necessária, segundo o prudente arbítrio do juiz competente, com a finalidade de melhor aferir o mérito subjetivo do apenado e a possibilidade de concessão da progressão do regime prisional. Não se pode, portanto, vislumbrar constrangimento ilegal na determinação procedida pela autoridade impetrada de o paciente submeter-se ao exame.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 514

- O *habeas corpus* não é via adequada para se decidir sobre progressão de regime prisional, pela necessidade de aferição pelo juízo da execução de questões subjetivas.

HABEAS CORPUS N° 1.0000.07.451429-0/000 - Comarca de Contagem - Paciente: Washington Johnson Bueno Neto - Autoridade coatora: Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem - 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, EM CONHECER PARCIALMENTE DA IMPETRAÇÃO E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2007. - *Maria Celeste Porto* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Maria Celeste Porto - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Washington Johnson Bueno Neto, em seu favor, sob a alegação de que se acha sob constrangimento ilegal em face da MM. Juíza de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem.

Afirma na exordial que, objetivando a progressão de seu regime de cumprimento de pena do fechado para o semi-aberto, por volta dos meses de novembro/dezembro de 2006, peticionou à autoridade impetrada.

Em 9 de fevereiro de 2007, determinou a MM. Juíza fosse o impetrante submetido a exame criminológico, a ser realizado pela de Comissão Técnica de Classificação.

Alega que, entretanto, tornou-se desnecessária a realização de tal exame, tendo em vista a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, com o advento da Lei 10.792/03.

Requer, diante disso, seja afastada a necessidade do referido exame, para que a Magistrada de primeira instância aprecie o seu pedido, bastando, para tanto, o atendimento do requisito objetivo de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena e a comprovação de possuir bom comportamento carcerário sob atestado de diretores do estabelecimento prisional.

Isso, para que seja evitado que o paciente permaneça preso, em regime mais gravoso e por mais tempo do que o previsto (f. 2/7).

A inicial não se acha instruída com qualquer documento.

Foi distribuído o pedido por dependência do *HC* nº 1.0000.07.450909-2/000, da relatoria do Des.Vieira de Brito (f.9).

Indeferida a liminar (f.13).

Em informações (f.19), esclareceu a Magistrada primeva que o paciente se acha cumprindo pena que totaliza 17 (dezessete) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado.

Tendo pleiteado, em 21.11.2006, progressão ao regime semi-aberto, para análise do pedido, determinara a realização do exame criminológico. Ouvido o Ministério Público, restou indeferido o pedido de livramento condicional porque o paciente não preenche os requisitos legais para auferir do benefício.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela prejudicialidade do pedido com relação ao exame criminológico, porque realizado, e denegação da ordem quanto à pretensão de progressão de regime (f. 23/26).

O *habeas corpus* foi redistribuído à relatoria do Des. Alexandre Victor de Carvalho, em razão das férias do Des.Vieira de Brito (f.27/28).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 515

O original dos informes juntou-se à f. 31, acompanhado de documentos (f. 32/42).

Determinou o Des. Relator o desentranhamento de peças pertencentes a outro feito (f. 55/56), o que se fez sob certidão de f. 57.

Os autos foram novamente distribuídos, devido às férias do Des. Alexandre Victor de Carvalho, cabendo-me a relatoria (f. 59).

Esse o breve relato.

A jurisprudência vem-se firmando - diante da redação emprestada ao art. 112 da LEP pela edição da Lei 10.792/03 - no sentido de que a exigência de exame criminológico, como pré-requisito para a apreciação de pedido de progressão de regime, constitui questão afeta à discricionariedade do juízo da execução, ante as peculiaridades de cada caso.

Com efeito, embora a nova redação do art. 112 da LEP não traga qualquer referência ao exame criminológico, é certo que não lhe veda a realização, se necessária, segundo o prudente arbítrio do juiz competente, com a finalidade de melhor aferir o mérito subjetivo do apenado e a possibilidade de concessão da progressão do regime prisional.

Por isso, o Pretório Supremo decidiu:

> I - A obrigatoriedade do exame criminológico e do parecer multidisciplinar da Comissão Técnica de Classificação, para fins de progressão de regime de cumprimento de pena, foi abolida pela Lei 10.792/03.
> II - Nada impede, no entanto, que, facultativamente, seja requisitado o exame pelo juízo das execuções, de modo fundamentado, dadas as características de cada caso concreto.
> III - Ordem denegada (STF - HC 86631/PR - Primeira Turma - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. em 05.09.2006 - *DJU* de 20.10.2006, p. 62).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, citado pelo Des. William Silvestrini, no *HC* 1.0000.07.450229-5/000, julgado em 29.3.2007, é o seguinte:

> Criminal. *Habeas corpus*. Latrocínio. Tentativa. Execução. Progressão de regime. Exigibilidade de exame criminológico. Particularidade do caso. Formação do convencimento do juiz. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

Essa é também a posição de nossa Corte:

> *Habeas corpus*. Execução Penal. Progressão de regime. Determinação de exame criminológico. Possibilidade. Ordem denegada. - É possível a determinação de exame criminológico no condenado para fins de progressão de regime, quando o juiz da execução entender necessária (1ª CCr. - *HC* nº 1.0000.06.447917-3/000 - Rel.ª Des.ª Márcia Milanez - julg. em 16.01.2007 - publ. em 24.01.2007).

> Ementa: *Habeas corpus* - Progressão de regime - Determinação de exame criminológico - Possibilidade - Exame de requisitos subjetivos - Via estreita do *writ* - Constrangimento ilegal inexistente - Ordem denegada. - É possível a determinação de exame criminológico no condenado para fins de progressão de regime, quando o juiz da execução entender necessária. A estreita via do *habeas corpus* é incompatível com o exame dos requisitos subjetivos do condenado para decidir sobre a progressão de regime (*HC* 1.0000.07.449971-6/000, Rel. Des. Eduardo Brum, pub. em 14.03.2007).

No caso *sub examine*, consoante as informações da autoridade impetrada, o pedido de progressão de regime está sendo regularmente processado, encontrando-se em fase final.

De tal modo, não se pode vislumbrar constrangimento ilegal na determinação procedida pela autoridade impetrada de submissão do paciente ao exame criminológico - ao que parece já realizado, pois, conforme informações, o pedido após submetido ao Ministério Público foi à conclusão, decerto para decisão.

Demais disso, o *habeas corpus* não é via adequada para se decidir sobre progressão de regime prisional, pela necessidade de exame pelo juízo da execução de questões subjetivas.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 516

Com tais considerações, não vislumbrando qualquer constrangimento ilegal passível de correção na via do *mandamus*, denego a ordem na parte relativa à submissão do paciente ao exame criminológico e não conheço da impetração na parte que diz respeito ao pleito de progressão do regime prisional.

Sem custas.

O Sr. Des. Vieira de Brito - Vou fazer uma ressalva de posicionamento no sentido de que em casos dessa espécie tenho entendido que não há necessidade da realização de exame criminológico, em razão do previsto no art. 112 da Lei 10.792, de 2003, que não mais inclui a necessidade da realização desse exame para a concessão da progressão do regime.

Entretanto, no presente caso, como esse exame já foi realizado, conforme salientado no voto da em. Des. Relatora, estou acompanhando o voto de Sua Excelência.

O Sr. Des. Hélcio Valentim - Sr. Presidente, acompanho a em. Des.ª Relatora e faço uma breve consideração a respeito desse assunto.

O que pretendeu o legislador quando alterou o disposto no art. 112 da Lei de Execuções Penais, através da Lei 10.792, de 2003, nada mais foi do que remediar uma situação gravíssima, que se verificava na concentração excessiva de determinações de exame criminológico pelos juízes da execução, porque o artigo exigia o exame para a obtenção da progressão. No entanto, não há, com a alteração promovida, a exigência ou o impedimento de que o juiz, analisando o caso concreto, possa determinar a realização de exame criminológico.

Já até votei num *habeas corpus* em que V. Ex.ª foi Relator, entendendo que de fato não é necessário o exame criminológico. E vou adiante, o exame criminológico não pode mais justificar o atraso na decisão que se refere ao pedido de progressão de regime, mas não vejo na alteração qualquer proibição de que o juiz, entendendo prudente naquele caso determinar a realização de exame criminológico, possa fazê-lo.

É por essas razões, convencido pela judiciosa posição adotada pela em. Des.ª Maria Celeste Porto, que vou me manter firme na consideração de que não é mais obrigatória a realização do exame, mas deixando bem claro que, se ele não atrasa além do razoável o pronunciamento judicial a que tem direito a parte, não se configura, nessas hipóteses, o constrangimento ilegal.

Com essas modestas considerações, estou acompanhando o judicioso voto da em. Des.ª Relatora.

Súmula - CONHECERAM PARCIALMENTE DA IMPETRAÇÃO E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGARAM A ORDEM.

-:::-

VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL - CONTRAFAÇÃO - JÓIA - DENÚNCIA - REQUISITOS - INÉPCIA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - AUSÊNCIA DE *MUTATIO LIBELLI* - MATERIALIDADE - AUTORIA - PROVA - CONDENAÇÃO - PENA DE MULTA - VALOR

Ementa: Apelação criminal. Recursos defensivos. Preliminares. Inépcia da denúncia. Peça que preenche os requisitos do art. 41 do CPP. Nulidade da sentença. Violação ao art. 384 do CPP. Inocorrência. Preliminares rejeitadas. Violação de direito autoral. Contrafação de jóias. Autoria e materialidade comprovadas. Absolvição. Impossibilidade. Irresignação ministerial. Aumento da prestação pecuniária e da pena de multa. Impossibilidade. Pena adequada. Recursos conhecidos e desprovidos, rejeitadas as preliminares.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 517

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.02.686741-6/002 (em conexão com APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.03.109743-9/001) - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Maria Aparecida Socorro Santos Menezes - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.ª MÁRCIA MILANEZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2007. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo Assistente do Ministério Público, o Dr. Thiago Bottino do Amaral.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - Jáder Oliveira Menezes e Maria Aparecida Socorro Santos Menezes, qualificados nos autos, foram denunciados como incursos nas sanções do art. 184, § 1º, do Código Penal.

Narra a exordial acusatória que, em 5 de novembro de 2001, foi requerida por Carla Amorim, Folhas da Caminhada Jóias Ltda., Carla Amorim Jóias Ltda., Esplanada Jóias Ltda. e CK Amorim Jóias Ltda. medida cautelar de busca e apreensão contra a empresa Cida Santos Comercial Ltda., localizada na Av. Álvares Cabral, nº 1.030, 6º andar, Bairro Lourdes, nesta Capital, da qual os denunciados são sócios.

Prossegue a inicial narrando que a medida foi requerida pelo fato de os denunciados estarem copiando e comercializando as peças criadas e vendidas exclusivamente por Carla Amorim, conforme registro de direito autoral de f. 167/264. No dia 7 de novembro de 2001, por volta das 17h, foram realizadas as buscas na empresa citada, sendo apreendidos diversos objetos, que, segundo constatado através de perícia, são cópias por imitação das jóias criadas por Carla Amorim.

Desmembrado o feito em relação a Maria Aparecida, que aceitou proposta de suspensão condicional do processo, passaram a tramitar em relação ao réu Jader os Autos de nº 0024.03.109743-9 e, em relação àquela, os de nº 0024.02.686741-6.

Da decisão que suspendeu o curso do processo, foi interposto recurso em sentido estrito, o qual restou provido por esta 1ª Câmara Criminal, consoante acórdão acostado às f. 135/140.

Concluída a fase probatória nos dois processos, foram os réus condenados nos termos da denúncia, consoante sentenças acostadas às f. 386/397 (Maria Aparecida) e 200/211 (Jader), sendo aos dois imposta, igualmente, a pena de 01 (um) ano de reclusão, regime aberto, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, pena corporal substituída por prestação pecuniária de 05 (cinco) salários mínimos.

Irresignados, apelaram o Ministério Público, o réu Jader (f. 214/216 e 218 dos Autos nº 1.0024.03.109743-9) e a ré Maria Aparecida (f. 400 dos Autos nº 1.0024.02.686741-6).

O primeiro apelante, Promotor de Justiça, não se conforma com o montante da prestação pecuniária em que foi convertida a pena privativa de liberdade imposta ao acusado Jader, pelo que requer a sua majoração (f. 214/216).

Os apelantes Jader e Maria Aparecida, através do mesmo defensor, requerem, preliminarmente, o reconhecimento da inépcia da denúncia, por não conter a exposição do fato criminoso atribuído aos réus. Também em preliminar, requerem seja anulada a sentença, por afronta ao devido processo legal. No mérito, buscam a absolvição, ao argumento de que não há provas da autoria delitiva (f. 256/261 e 418/418).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 518

Os recursos foram devidamente contrariados às f. 227/229, 264/277, 291/295, 421/422 e 429/434.

Após a manifestação da d. Procuradora de Justiça nos dois feitos, pelo provimento do apelo ministerial e desprovimento dos demais (f. 279/284 e 424/425), determinei o apensamento dos Autos nº 1.0024.03.109743-9/001 à apelação criminal originária (nº 1.0024.02.686741-6/002), para julgamento único e a fim de evitar decisões conflitantes.

Eis o breve relatório.

Conheço dos recursos, presentes, em ambos, os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Consoante relatado, embora o processo-crime tenha recebido números diferentes, diante do desmembramento do feito em relação à ré Maria Aparecida, quais sejam 1.0024.02.686741-6/002 e 1.0024.03.109743-9/001, os dois autos cuidam do mesmo fato delituoso, pelo que determinei o apensamento, para que a análise do mérito dos apelos defensivos seja feita em conjunto.

A d. defesa dos apelantes Jader e Maria Aparecida aduz ser a peça inicial inepta, uma vez que não narra a conduta delituosa atribuída a cada um deles.

No entanto, a exordial acusatória, embora sucinta e concisa, reveste-se de todas as formalidades exigidas no art. 41 do Código de Processo Penal, ao expor os fatos e circunstâncias de forma clara e detalhada, com a qualificação completa dos acusados, e rol de testemunhas, não havendo, portanto, ilegalidade a ser corrigida, tendo sido possibilitada às partes a mais ampla defesa.

Neste sentido, manifesta-se a jurisprudência:

> Penal e processual penal. Apelação. Leis nº 6.368/76 e nº 9.437/97 - 1. Nulidade. Inépcia da denúncia. Inocorrência. A denúncia deve conter, ainda que sucintamente, o fato atribuído ao acusado, não podendo ser recebida a inicial que contenha descrição vaga, imprecisa, de tal forma lacônica que torne impossível ou extremamente difícil ao denunciado entender de qual fato está sendo acusado. Embora a denúncia se apresente de forma concisa, não chega a ser deficiente, a ponto de não ser compreendida a acusação nela formulada. O acusado ficou sabendo do conteúdo da incriminação, não impedindo de articular sua defesa (TJRS, ACr 70000586982 (00339580), 3ª Câm. Crim., Rel. Des. Saulo Brum Leal, j. em 02.03.2000).

No caso, a exordial expõe claramente que os denunciados, como sócios da empresa Cida Santos Comercial Ltda., estavam copiando e comercializando jóias criadas e vendidas exclusivamente por Carla Amorim, o que lhes possibilitou saber exatamente do que se defender.

Rejeito a preliminar.

Por outro lado, não houve ofensa ao art. 384 do CPP.

A fundamentação expendida pelo i. Juiz *a quo* e as razões de decidir por ele explicitadas nas duas sentenças não configuraram, nem de longe, qualquer possibilidade de definição jurídica diversa da que foi imputada aos apelantes pelo Órgão Ministerial, não sendo a hipótese, pois, da alegada *mutatio libelli*.

É que não se reconheceu, por ocasião das decisões, nenhuma circunstância elementar nova do tipo básico do crime imputado, sendo a condenação operada noJuízo primevo nos exatos termos em que definida a figura jurídica contida na exordial acusatória - qual seja art. 184, § 1º, do CP.

Assim, também rejeito a preliminar.

No mérito, consta dos autos que foi requerida pelas empresas Carla Amorim, Folhas de Caminhada Jóias Ltda., Carla Amorim Jóias Ltda., Esplanada Jóias Ltda. e CK Amorim Jóias Ltda. medida cautelar e busca e apreensão contra a empresa Cida Santos Comercial Ltda., localizada na Av. Álvares Cabral, nº 1.030, 6º andar, nesta Capital, da qual os denunciados Jader e Maria Aparecida

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 519

eram sócios. A medida decorreu das denúncias de que os dois estariam copiando e vendendo peças criadas e vendidas exclusivamente por Carla Amorim, de acordo com o certificado de registro autoral.

A medida foi cumprida no dia 7 de novembro do mesmo ano de 2001, sendo constatado que as jóias apreendidas na empresa Cida Santos Comercial Ltda. são cópias por imitação das jóias criadas por Carla Amorim.

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada através do auto de apreensão e laudo pericial de f. 19/74, que comprovou a contrafação de várias peças criadas pela empresária, que foram devidamente registradas na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como obras artísticas que são.

A autoria é, de igual modo, inconteste.

Os depoimentos colhidos no curso da instrução criminal não deixam dúvida quanto à participação de cada um dos apelantes na prática delitiva.

Quanto ao réu Jader, demonstrado restou que ele, como sócio da empresa até o mês de setembro de 2001, participava ativamente da sociedade que tinha com a co-ré Maria Aparecida, tanto que, em julho daquele ano de 2001, efetuou a compra, na loja da vítima Carla Amorim Ltda., de um anel chamado 'Mosaico', anel este que, posteriormente, foi copiado em sua empresa (f. 472/478, autos em apenso), donde se conclui que a contrafação ocorria antes de sua saída da empresa.

A apelante Maria Aparecida, por sua vez, declarou, em juízo, que:

> ... faz parte de uma sociedade chamada Cida Santos Ltda., ainda, tendo como sócia a filha Stefani Santos Menezes, de 12 anos de idade; que Jader Oliveira Menezes, marido da declarante não faz parte da sociedade; [...] que tem uma pessoa que ajuda a elaborar as peças, devendo esclarecer que a declarante também cria peças; que às vezes algum cliente pede para fazer um anel, para tal trazendo o modelo; deste modo, o declarante fabrica o pedido de acordo com o modelo indicado pelo cliente; ... (f. 390).

Por sua vez, as testemunhas Gilson Amaral e Francisco Brescia Fonseca, peritos encarregados do cumprimento do mandado de busca e apreensão, confirmaram, em juízo, as conclusões do laudo pericial acostado às f. 18/49 dos autos em apenso, no sentido de que

> ... as jóias apreendidas na empresa requerida Cida Santos Comercial Ltda, objetos da presente ação de medida cautelar de busca e apreensão, são cópias por imitação em relação às jóias das requerentes Carla Amorim, Folhas de Caminhada Jóias Ltda. (BH), Carla Amorim Jóias Ltda.(BS), Esplanada Jóias Ltda (SP) E CK Amorim Jóias Ltda (SP).

Em resposta ao Quesito nº 3, os Srs. Peritos afirmaram que alguns produtos vendidos pela empresa Cida Santos Ltda. são idênticos àqueles criados e fabricados pela vítima e outros são semelhantes.

A testemunha de nome Gilberto Luiz Bolognani de Souza e Silva completou:

> ... que o depoente é funcionário da empresa CK Amorim Jóias Ltda, há cerca de cinco anos e três meses, sendo na atualidade diretor executivo; [...] que as jóias apreendidas no local dos fatos são cópias das jóias que são fabricadas pela empresa CK Amorim Jóias Ltda; [...] que a empresa tomou conhecimento das cópias feitas em Belo Horizonte por uma pessoa que iria comprar as cópias em Brasília [...]; que foi Carla Amorim quem tomou conhecimento do fato já referido e comentou com o depoente, com o que foi possível levantar o endereço de Belo Horizonte; [...] que no local foram encontradas fotografias de CK Amorim Jóias Ltda; [...] que quando é feito um designer de uma jóia, aquele trabalho é registrado na Escola de Belas Artes do Rio de Janeiro (RJ)... (f. 156/157).

Por outro lado, dúvida não há de que as peças eram reproduzidas com intuito de lucro. A empresa dos apelantes tinha como objeto social

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 520

a "fabricação de jóias e bijuterias em geral" (f. 54/58), e efetivamente vendia as peças contrafeitas, consoante se vê das declarações de Rejane Innecco da Costa e Ivanir Barbosa Lima, que adquiriram as jóias copiadas, conforme cheques acostados à f. 476/478 (apenso nº 3).

Portanto, não há dúvida alguma quanto à autoria delitiva, sendo correta e merecida a condenação dos dois pelo delito previsto no art. 184, § 1º, do Código Penal, norma penal em branco, que não conceitua o direito do autor ou quais são as obras intelectuais protegidas.

A lei civil, no entanto, identifica-as como qualquer obra que seja produto de criação do espírito, segundo dispõe o art. 7º da Lei de Direitos Autorais: "Art. 7º - São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro...".

Nesse conceito incluem-se as jóias, verdadeiras obras artísticas que, como tais, estão protegidas pela legislação civil e penal, sendo dispensável a utilização em propagandas de advertências informando ao público sobre a proteção da obra.

Finalmente, nunca é demais consignar que, sendo o direito autoral um bem jurídico tutelado pela Constituição da República, não pode o Estado abster-se de combater veementemente aqueles que o violam. Com a edição da Lei 10.695/03, as penas dos delitos dos §§ 1º e 2º do art. 184 do Código Penal foram aumentadas, ficando evidenciada a crescente preocupação do Estado em combater a prática da pirataria de obras protegidas por direitos autorais.

Passo ao recurso do Ministério Público, que não se conforma com o montante da prestação pecuniária imposta ao acusado Jader, requerendo a sua majoração, bem como do valor fixado para o dia-multa.

O douto Magistrado *a quo*, ao fixar a prestação pecuniária, definiu, para cada um dos réus, o pagamento de 05 (cinco) salários mínimos e a multa em 10 dias, na fração unitária mínima.

Não há nos autos, no entanto, elementos que permitam aferir que os apelantes tivessem capacidade financeira para suportar sanção superior. Inexistindo comprovação de uma hipotética situação econômica favorável dos apelantes, a imposição de reprimenda pecuniária em valor demasiadamente elevado pode ser de cumprimento inviável, o que torna sua concessão inócua.

Vejamos:

> A prestação pecuniária, quando fixada em valor elevado, que possa inviabilizar a execução da pena alternativa, deve ser revista (TJMG, Processo nº 1.0000.00.261692-8/000, Relator: José Antonino Baía Borges, j. em 23.05.2002, data da publicação: 11.06.2002).

Neste ínterim, parece-me adequado frisar que a substituição de que trata o art. 44 do Código Penal, por meio da qual foi aplicada a sanção em tela, consiste em benefício que pode assistir ao condenado, caso satisfaça seu requisitos legais. Tendo o ilustre Magistrado sentenciante considerado que os réus preenchiam todos os pressupostos necessários para usufruir da benesse, não pode, *permissa venia*, aplicá-la de tal forma que sua qualidade de "benefício" seja desnaturada, ou seja, em patamares elevados.

Até mesmo porque, assim agindo, pode-se visualizar sem maiores dificuldades a impossibilidade de seu cumprimento, o que levaria à reconversão da pena à privação de liberdade, frustrando o direito subjetivo dos réus, originado com sua concessão primeva.

Neste caso, o estabelecimento de uma sanção pecuniária nos valores eleitos elidiria a própria *ratio legis* da Lei nº 9.714/98, que visou justamente o elastecimento das possibilidades de se evitar o encarceramento, favorecendo os condenados por delitos de pouca ou média gravidade, como é o caso.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 521

Ficam, portanto, mantidas integralmente as r. decisões recorridas, por seu próprios e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, conheço dos recursos, rejeito as preliminares e, no mérito, nego-lhes provimento.

Custas, *ex lege*.

O *Sr. Des. Sérgio Braga* (Convocado) - De acordo.

O Sr. Des.Eduardo Brum - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO - EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA EM DESACORDO COM A PRESCRIÇÃO LEGAL - MERCADORIA DETERIORADA - CRIME FORMAL - PROVA - LAUDO PERICIAL - CONDENAÇÃO - COMÉRCIO DE BEM ESSENCIAL À VIDA OU À SAÚDE - CAUSA DE AUMENTO DE PENA - APLICABILIDADE

Ementa: Apelação criminal. Crime contra as relações de consumo. Açougue. Art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90. Bem essencial à vida e à saúde. Majorante do art. 12, III . Prova pericial de laboratório. Desnecessidade.

- Garantindo os médicos veterinários da Vigilância Sanitária e do Ministério da Agricultura que o agente expunha à venda e mantinha estocados mais de 55 quilogramas de carne bovina e suína em condições impróprias ao consumo, deve ser mantida a sua condenação por infração às disposições do art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, com a majorante do seu art. 12, III, independentemente de perícia laboratorial, visto tratar-se de conduta formal, de perigo abstrato e presumido, que se aperfeiçoa com a mera transgressão da norma incriminadora.

APELAÇÃO CRIMINAL n° 1.0141.06.900002-6/001 - Comarca de Carmo de Minas - Apelante: Jair da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. WILLIAM SILVESTRINI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 9 de maio de 2007 - *William Silvestrini* - Relator.

Notas taquigráficas

(Proferiu sustentação, pelo apelante, o Advogado Luiz Fernando Valladão Nogueira).

O Sr. Des. William Silvestrini - Apelação interposta por Jair da Silva, inconformado com a r. sentença condenatória de f. 343/360, que julgou procedente a denúncia, submetendo-o às sanções do art. 7º, IX, c/c o art. 12, III, *in fine*, da Lei 8.137/90, c/c o art. 18, § 6º, II, da Lei 8.078/90, aplicando-lhe as penas de 3 anos e 4 meses de detenção, em regime semi-aberto, pelo mínimo legal, com as benesses do art. 44 do *Codex*.

Em síntese, narra a denúncia que, no dia 30 de abril de 2004, por volta das 9h40, no interior do estabelecimento comercial de propriedade do denunciado, este foi surpreendido

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 522

pela fiscalização da Vigilância Sanitária, porquanto fornecia mercadorias, expondo-as à venda em condições impróprias ao consumo humano. O denunciado mantinha em depósito carne suína e bovina, desprovida de documentos sanitário e fiscal que pudessem comprovar a procedência de inspeção de tais produtos. Ficou evidenciado que a carne era proveniente de origem e abate clandestinos, o que basta para tornar o produto impróprio ao consumo humano. O denunciado vinha assim agindo reiteradamente, sendo alvo de inúmeras denúncias de comercialização de carnes de origem clandestina.

A peça vestibular está acompanhada pelos documentos de f. 6/31 e pela cópia do Inquérito Civil instaurado pela Promotoria de Defesa do Consumidor, de f. 32/58, bem como por cópia de legislação (f. 59/271).

O feito teve tramitação normal e o sentenciado foi regularmente intimado da r. sentença (f. 365/366).

Em suas razões recursais de f. 368/374, o apelante argúi a nulidade do laudo pericial de f. 6, elaborado apenas pela Dr.ª Sheyna, sendo que o outro o assinou apenas por uma questão formal, pleiteando absolvição, comentando a prova colhida, dizendo que se encontrava limpando o *freezer*, a fim de verificar a situação das carnes que ali se encontravam, jogando fora aquelas impróprias para consumo, momento em que chegou a fiscal, cuja visita técnica ocorreu por motivos de discórdia política. Posteriormente, juntou o memorial de f. 400/406, no qual reforça o argumento de que a carne não estava exposta à venda, dizendo que o ônus probatório é da acusação, invocando o princípio constitucional de inocência, dizendo que a ausência de acobertamento fiscal é circunstância irrelevante sob o aspecto penal. Diz também que a destruição da carne significa a ausência de prova sobre a materialidade, não tendo sido avaliado o seu estado, transcrevendo jurisprudência. Subsidiariamente, pede redução da sanção, decotando a causa especial do art. 12, III, da Lei 8.137/90, diminuindo a pena-base, fixando-lhe o regime aberto.

Contrariedade às f. 377/381, indo os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, que exarou o r. parecer de f. 386/390, pelo parcial provimento, reduzindo a pena-base.

Esse, resumidamente, é o relatório.

Conheço do recurso, estando presentes os pressupostos de sua admissibilidade e processamento, inclusive quanto à adequação e tempestividade.

Dono do Mercado Igor e à frente do seu negócio (f. 295/296), o apelante deveria ter sido preso em flagrante, pois diz a Lei 8.137/90:

> Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:
> (...)
> IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;
> Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Através do inciso II do § 6º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o legislador conceitua "mercadoria em condições impróprias ao consumo" como sendo os:

> ... produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à saúde, perigosos, ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.

O apelante é acusado de infringir o texto legal supra, porque teria exposto à venda e estocado mercadoria imprópria ao consumo. *In casu*, ao contrário do seu entendimento, a materialidade criminosa está, sim, evidenciada pelo laudo técnico de f. 6, acompanhado pelos autos de infração, interdição e inutilização, de f. 7/10, laudo de vistoria de f. 16/20, aliados ao sumário de culpa, independentemente de perícia laboratorial da carne, visto tratar-se de conduta formal, de perigo abstrato e presumido.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 523

Confeccionado o laudo técnico de f. 6, com a garantia de que o produto apresentava "características organolépticas (odor fora do padrão), indicando início de processo de putrefação" (palavras dos médicos Pedro Lúcio e Sheyna, servidores públicos, possuidores de fé pública), a destruição da carne, óbvio, era a sua conseqüência lógica, dado o risco de consumo humano, ficando afastado o argumento da ausência de materialidade.

Em relação à exigibilidade ou não de prova pericial de laboratório para a comprovação da materialidade criminosa, prevalece entendimento contrário à tese defensiva, questão já apreciada inclusive pelo extinto TAMG:

"A destruição da mercadoria estragada é praxe que atende às normas regulamentares, para se evitar que o bem seja comercializado, não sendo necessária a perícia técnica oficial se os demais elementos de convicção ilustram a prática do delito contra a relação de consumo" (trecho do voto do então Juiz Relator Ediwal José de Morais, na AC 2.0000.00.4049785-6/000, da 1ª Câmara Mista do TAMG, j. em 24.09.2003), cujo acórdão restou assim ementado: "Incorre nas sanções criminais respectivas aquele que armazena produto em condições inapropriadas e expõe à venda mercadorias inadequadas ao consumo humano. O delito previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, é crime de perigo, não se exigindo o dano efetivo para a sua consumação".

Outro não é o entendimento do STJ:

> A conduta do comerciante que expõe à venda a matéria-prima ou mercadoria com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90 c/c o art. 18, § 6º, da Lei nº 8.078/90, sendo despicienda, para tanto, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de ser este último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo presumido (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso). Recurso provido (STJ, 5ª T., REsp 620237/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 21.10.2004, *DJ* de 16.11.2004, p. 315).
>
> 1. O crime previsto na Lei 8137/90, art. 7º, IX, é formal e de perigo abstrato, aperfeiçoando-se com a mera transgressão da norma incriminadora. Desnecessária, assim, a efetiva comprovação da imprestabilidade material ou real do produto. 2. Recurso conhecido e provido. Pena aplicada em seu grau mínimo (CP, arts. 59 e 33, § 2º, 'c'), com concessão de *sursis* (CP, art. 77) (STJ, 5ª T., REsp 204284/PR, Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 13.06.2000, *DJ* de 01.08.2000, p. 295 - *REVJUR* 276/13 - *RT* 783/607).
>
> III. O tipo do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/80 trata de crime formal, bastando, para sua concretização, que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria. IV. Cuidando-se de crime de perigo abstrato, desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade do produto para consumo. Precedentes (STJ, 5ª T., REsp 307415/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 03.10.2002, *DJ* de 11.11.2002, p. 246 - *LEXSTJ* 163/335).
>
> 1. Consoante jurisprudência consolidada nesta egrégia Corte, o delito tipificado no art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90 é um crime formal e de perigo abstrato, ou seja, que não exige lesão ou dano, contentando-se com a mera potencialidade lesiva (STJ, 5ª T., REsp 476340/PR, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, j. em 18.12.2003, *DJ* de 16.02.2004, p. 295).
>
> II - A conduta do comerciante que expõe à venda matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90 c/c o art. 18, § 6º, da Lei 8.078/90, sendo despicienda, para tanto, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de ser este último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo presumido (Precedentes) (STJ, 5ª T., *HC* 9768/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 04.11.1999, *DJ* de 13.12.1999, p. 163 - *RT* 776/551).

E mais:

Consoante jurisprudência consolidada no egrégio Superior Tribunal de Justiça, o delito tipificado no art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90 configura delito formal, de perigo abstrato, que se aperfeiçoa com a mera transgressão da norma incriminadora, não havendo necessidade de efetiva comprovação da impresta-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 524

bilidade material ou real do produto (TJMG, 2ª Câmara Criminal, Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, AC 1.0137.04.911343-4/001, j. em 10.03.2005).

O crime contra as relações de consumo previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/90 se caracteriza como simples depósito de produto deteriorado, sendo desnecessária para comprovação da materialidade delitiva a realização de perícia na mercadoria apreendida, mormente se os fiscais responsáveis pela apreensão atestam a impropriedade para o consumo da carne mantida em depósito no estabelecimento comercial (*RT* 760/726).

A conduta descrita no art. 7º, inc. IX, da Lei 8.137/90 é formal, de perigo abstrato ou presumido, bastando, para sua consumação, apenas a constatação, pela autoridade sanitária competente, da impropriedade do uso por ausência de inspeção e selo de qualidade da mercadoria (carne) em estabelecimento comercial fiscalizado (TAPR, 2ª Câmara Criminal, AC 0177571-5 (9079), Rel. Juiz Rafael Augusto Cassetari, *DJPR* em 02.08.2002).

A desejada anulação do laudo pericial foi devidamente enfrentada pelo il. Julgador monocrático, rejeitando-a acertada e fundamentadamente. São dois os médicos oficiais responsáveis pelo seu conteúdo. Ainda que fosse apenas um - só *ad argumentandum* - , ainda assim não haveria nulidade alguma da aludida prova, pois: "Não é nulo o exame pericial realizado por um único perito oficial (unanimidade)" (Súmula 20/TJMG).

Os médicos veterinários Drs. Sheyna e Pedro Lúcio, ela, Coordenadora da Vigilância Sanitária da Prefeitura Municipal de Carmo de Minas, e ele, fiscal federal do Ministério da Agricultura, garantiram que parte da carne bovina estava exposta à venda sobre o balcão, "sem refrigeração", e outra parte da carne bovina e suína encontrava-se dentro do balcão frigorífico, mas "apresentando odor característico de início de putrefação, coloração esverdeada", ou seja, "imprópria para consumo humano" (f. 6). No total, eram mais de 55Kg de carne.

Se o apelante - como insiste em dizer em suas razões recursais - estivesse apenas selecionando a carne da qual iria se desfazer (possibilidade não demonstrada), deveria fazê-lo a portas fechadas. Pior ainda, se estivesse separando a carne estragada para fazer lingüiça, como disse às f. 295/296.

Sob o crivo do contraditório (f. 315/316), a Dr.ª Sheyna ratificou todos os documentos elaborados por ela, inclusive a correspondência de f. 22/23, encaminhada ao Ministério Público, em que relatou as diligências realizadas, chegando à origem da carne suína, fazendo-o acompanhada por dois militares, Cabos Jales e Martins, deixando claro que o apelante "há muito vem dificultando as ações em Vigilância Sanitária".

No ano de 2001, com a interdição do matadouro municipal, o Ministério Público instaurou Inquérito Civil (f. 32), com o objetivo de proteger a população, evitando a distribuição de produtos em condições impróprias ao consumo humano.

Em setembro e outubro do mesmo ano, a referida médica constatou irregularidades no comércio do apelante (f. 57/58).

O militar Jales confirmou o histórico dos BOs de f. 25/27, lavrados em 03.07.2004, afirmando que o apelante "entrou no eixo" depois da atuação da Vigilância Sanitária, comandada pela Dr.ª Sheyna, sendo que antes "a carne era exposta" (f. 317), ou seja, em desobediência aos padrões de higiene e de conservação.

No ano de 2002, o Dr. Danilo Teixeira de Araújo, médico veterinário do Instituto Mineiro de Agropecuária - IMA, confeccionou o laudo pericial de f. 18/20, garantindo que o comércio do apelante apresentava "condições inadequadas de higiene e de funcionamento (...) colocando em risco a saúde da população".

Em sede recursal, o apelante lança suspeita sobre a atuação da médica veterinária, atribuindo-lhe motivação política (f. 371), mas não há qualquer dúvida acerca da sua idoneidade moral, tanto que ele próprio, em seu interrogatório de f. 295/296, afirmou nada ter a alegar contra ela.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 525

Sobre os testemunhos colhidos a pedido da defesa:

1) José Ivan, açougueiro, 20 anos de idade, não soube dizer a data de sua admissão no comércio do apelante, errando feio, por sete meses, retificando-a depois de indevidas intervenções do recorrente e de seu advogado, que deveriam ser de pronto repelidas pelo Juiz que presidia a audiência. Visivelmente tendencioso e inseguro, tenta socorrer o apelante, mas acaba por comprometê-lo seriamente, contradizendo o que foi dito pelo seu empregador.

Enquanto o interrogando e apelante Jair disse que fazia a limpeza da carne (e não do *freezer*, como relatado nas razões recursais), retirando-a de um *freezer* e colocando em outro, "objetivando fazer lingüiça" (f. 295/296), a testemunha afirma que o pedaço de carne apreendida "não era para ser vendido e sim para ser jogado fora" (f. 322).

Ora, se tanta carne estava sendo preparada para ser inutilizada, é sinal evidente de que estava imprestável para consumo; do contrário, só uma loucura comercial justificaria tal atitude.

E mais: o empregado do apelante deixou claro que o apelante "normalmente" não vendia "carne em estado ruim", ou seja, excepcionalmente o fazia, como foi diagnosticado pelos peritos.

2) Geraldo Magela, aposentado, 66 anos, e Paulo Antônio, mestre de obras, 33 anos, também se esforçam para auxiliar a defesa. O primeiro diz nunca ter comprado carne estragada no açougue do apelante, e o segundo afirma ter auxiliado no transporte da mercadoria apreendida, que "estava congelada e não se encontrava em estado ruim" (f. 323/234), relato de leigo que não compromete a garantia dada pelos *experts*, cuja palavra é abalizada e dotada de plena credibilidade.

De fato:

> A possibilidade de ser afastada a prova pericial somente existe diante da demonstração, estreme de dúvidas, de erro na confecção do laudo, incorreção nas conclusões a que chegaram os Peritos, ou do interesse direto no desfecho da lide por parte dos Expertos (TACrim/SP, 15ª Câmara, Ap. 1.289.271/3, Rel. Paulo Vitor , 07.02.2002, unânime).
>
> Sentença que reflete a prova pericial. É certo que o CPC 436 diz que o juiz não está adstrito ao laudo pericial; mas, por outro lado, nada o impede de tê-lo como fundamento de sua convicção (STJ, Ag 39595, Rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 10.09.93, *DJU* de 17.09.1993, p. 18978) (NERY JÚNIOR, Nelson. *CPC comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, p. 747).
>
> A prova pericial, emanada do órgão público competente, é a mais segura das provas e, se não ilidida por outros meios, deverá estear a convicção do julgador, prevalecendo sobre laudo subscrito por perito particular ou assistente técnico, figuras estranhas ao processo penal (TAMG, 2ª Câmara Criminal, AC 189.724-7, Rel. o então Juiz (hoje Des. aposentado) Alves de Andrade, j. em 09.05.1995).

3) Sebastião, motorista, 45 anos, nada soube dizer sobre o mérito, afirmando apenas que "vendia carne suína para o acusado", não tendo acompanhado o trabalho de fiscalização (f. 330). Observo que o apelante não exibiu prova de acobertamento fiscal, o que seria fácil demonstrar.

Disse a Dr.ª Sheyna que a carne estava pronta para ser comercializada, sendo que a suína se encontrava em "início de putrefação" (f. 315/316), relato assegurado pelo Dr. Pedro Lúcio (f. 6).

Independentemente da não-apresentação de nota fiscal, questão meramente fiscal, sem dúvida alguma o material probatório é firme e seguro, conduzindo à indispensável certeza probatória para fins condenatórios, não podendo prosperar a tese absolutória. A exemplo dos il. Juiz e representantes do Ministério Público, estou convencido de que o apelante realmente praticou a infração criminosa aqui debatida, devendo ser mantida a r. sentença condenatória.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 526

A propósito da dosimetria das penas, não vejo motivo algum para alteração, visto que o apelante atuou com elevado grau de culpa, como bem disse o il. Juiz, bastando tal circunstância judicial para justificar a elevação da pena-base:

> Se a pena é aplicada acima do mínimo previsto na lei tendo em vista apenas a culpabilidade do réu - que inclui o conceito de intensidade do dolo do art. 42 da anterior redação do Código - não há nulidade a declarar (STF, R*HC*, Rel. Carlos Madeira - *RT* 628/370).
>
> Quando as circunstâncias do fato evidenciam dolo extravagantemente intenso, deverão as penas-base distanciar-se consideravelmente das margens inferiores, para que a reprimenda se mostre, de modo efetivo, suficiente à reprovação e à prevenção do roubo (TACrim/SP, AC, Rel. Correa de Moraes - *RJD* 18/110). No mesmo sentido: *RT* 698/448 (STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7ª. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 1.035).
>
> Justificada com fundamento em uma circunstância judicial desfavorável, não é excessiva a aplicação, na fixação da pena-base, das reprimendas acima do mínimo, mas deste não muito distantes (TJMS, Ap., Rel. Nildo de Carvalho - *RT* 728/614).

Ademais, o apelante é possuidor de maus antecedentes (ver CAC de f. 293/294), o que, por si só, basta para também referendar a fixação da penalidade básica acima do mínimo:

> O método trifásico não impede que, na fixação da pena-base, seja ultrapassado o mínimo legal previsto, com base nos antecedentes do réu, demonstrativos de não ser o crime um fato episódico em sua vida (indiciamento em inquéritos, denúncia por infrações várias, etc) (STJ, 6ª T., *HC* 8.817, Rel. Fernando Gonçalves, j. em 03.08.1999 - *DJU* de 20.09.1999, p. 88);
>
> A condenação à pena exacerbada de 2 anos de reclusão pelo crime de furto, devidamente fundamentada na vida pregressa do paciente, não implica desobediência ao critério trifásico (CP, arts. 68 e 59) porque a reprimenda ficou restrita à aplicação da pena-base (STF, 2ª T., *HC* 75.724-3, Rel. Maurício Corrêa, j. em 11.11.1997, *DJU* de 06.02.1998, p. 5).
>
> A presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes (STF, *HC* 73.394-8, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* de 21.03.97, p. 8504).
>
> Não tem bons antecedentes quem, mesmo sendo primário, se envolveu em ocorrências policiais e respondeu a inquéritos policiais (STF, *HC* 73.926-1, Rel. Min. Carlos Veloso - *INF/STF* 66/4).
>
> Pena - Fixação - Circunstâncias judiciais - Mostra-se satisfatório o provimento judicial em que, a partir da folha penal do acusado, fixa-se a pena-base em um ano acima do mínimo legal (STF, *HC* 73.157-1, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 29.11.96, p. 47156).
>
> Bons antecedentes não se confundem com primariedade - O agente é primário quando não pesa sobre ele condenação transitada em julgado. No entanto, só terá bons antecedentes se não apresentar qualquer conduta repreensível, social, laboral ou familiar, ou não for provado o seu envolvimento em fatos que ensejam a persecução penal (STJ, *HC* 3.896, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, *DJU* de 04.12.95, p. 42118).
>
> A moderna jurisprudência tem considerado que 'os maus antecedentes não resultam exclusivamente de decisões judiciais com trânsito em julgado, mas também das situações da vida pregressa do réu que, pela reiteração e desígnios, autorizem o magistrado a aumentar a pena imposta' (*HC* 81.759-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 26.03.2002 - Informativo do STF nº 262) (TJDF, 1ª T. Criminal, AC 20020710077600APR/DF, ac. 184978, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, j. em 25.09.2003, *DJDF* 18.02.2004, p. 48).
>
> O Juiz tem poder discricionário, porque o *caput* do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo (STJ, 2ª T., *HC* 76.196/GO, Rel. Maurício Corrêa, 29.09.1998).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 527

Também resultou demonstrado que o apelante possui personalidade desajustada, tanto que a médica perita assegurou que ele vinha dificultando os trabalhos da Vigilância Sanitária, tratando-se de mau comerciante, "não confiável" (f. 22/23), situação suficiente para afastar a desejada redução da pena-base:

> A má conduta social e a personalidade desajustada do agente são circunstâncias judiciais justificadoras da elevação das penas-base, na 1ª etapa do critério trifásico (TJMG, AC 1.0024.02.749466-5/001, relatada por mim, j. em 10.05.2006, Revisor Des. Walter Pinto da Rocha, Vogal Des. Delmival de Almeida Campos).
>
> Ainda que o Tribunal, ao julgar a apelação, tenha afastado a agravante da reincidência, reconhecida pelo Conselho de Sentença, restou o reconhecimento, pelo Juiz, de que o paciente tem personalidade voltada para o crime, razão suficiente para o agravamento da pena (STF, *HC* 73.162-7, Rel. Maurício Corrêa, *DJU* de 08.03.96, p. 6.215).

No mesmo sentido: STJ, *HC* 74.139-8, Rel. Marco Aurélio, *DJU* de 21.02.97, p. 2.825; STJ, 6ª T., Rel. Luiz Vicente Cernichiaro, REsp 149.936, j. em 26.05.98, *DJU* de 22.06.1998, p. 192; TACrim/SP, AC, Rel. Geraldo Pinheiro, *JUTACrim* 34/379.

É o bastante para rejeitar a pretendida redução da penalidade básica, que foi estabelecida criteriosa e adequadamente, ficando ainda bem abaixo de sua média aritmética (que é de 3 anos e 6 meses).

Ao comercializar e estocar produto essencial à vida e à saúde do povo, o apelante não faz jus ao afastamento da majorante do art. 12, III, da Lei 8.137/90, tratando-se de crime de perigo abstrato ou presumido, cujo bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, valendo destacar o seguinte precedente:

> Entre os bens essenciais à vida ou à saúde incluem-se os alimentos, em primeiro plano. Há equivalência entre os gêneros de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo (Lei de Economia Popular) e bens essenciais à vida ou à saúde (Lei 8.137/90). Na venda de carne deteriorada incide a agravante do inciso III, art. 12, da Lei 8.137/90 (*RT* 736/698).

Mantenho o regime semi-aberto, dada a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, com destaque para os péssimos antecedentes do apelante, condenado em 1ª instância a 7 (sete) anos de reclusão, por atentado violento ao pudor, e 8 (oito) meses de prisão simples pela prática de contravenção penal (incentivo ao jogo-do-bicho, f. 293/294).

Data venia, pela ausência do requisito subjetivo, seria o caso de negar-lhe as benesses do art. 44 do CP, mas, sem recurso acusatório, estamos limitados pelo princípio *ne reformatio in pejus*.

Ante tais fundamentos, acolhendo parcialmente o r. parecer do il. Procurador de Justiça, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a r. sentença hostilizada, muito bem fundamentada.

Custas, *ex lege*, pelo apelante.

O Sr. Des. Walter Pinto da Rocha - Sr. Presidente, acompanho o eminente Desembargador Relator.

O Sr. Des. Eli Lucas de Mendonça - Tive o prazer de receber alentado memorial do escritório do Dr. Luiz Fernando Valladão Nogueira, porque, na verdade, fora apresentado a tempo suficiente para análise da Turma Julgadora, o que foi objeto de enfoque do eminente Desembargador Relator.

Não obstante o brilho da defesa, costumeiramente eficiente, estou a acompanhar o eminente Desembargador Relator, sem descer a detalhes, porque o voto descreve essas minúcias e a ele estou emprestando a minha simplória adesão.

Também nego provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 528

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE - PESCA PREDATÓRIA - AUTORIA - NORMA PENAL EM BRANCO - SISNAMA - ÁREA INTERDITADA - AUSÊNCIA DE DOCUMENTO - TESTEMUNHA - PROVA INDICIÁRIA - PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* - ABSOLVIÇÃO

Ementa: Crime ambiental. Pesca. Art. 34 da Lei 9.605/98. Absolvição. Falta de prova. Autoria negada pelo apelante. Meros indícios. Insuficientes ao decreto condenatório. Melhor solução. Pronunciamento do *non liquet*. Recurso provido.

- Existindo meros indícios, prova nebulosa, contraditória e geradora de dúvida quanto à autoria do delito, sendo esta negada pelo acusado, a absolvição é medida que se impõe.

- Não se admite condenação, nos termos do art. 34 da Lei 9.605/98, baseada somente nas provas testemunhais, uma vez que referido artigo constitui norma penal em branco, vale dizer, passível de complementação por outra norma; no entanto, não havendo nos autos qualquer prova documental hábil a provar que a área estava realmente interditada por órgão competente, oriundo do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama, responsável pela determinação da interdição da área pesqueira, a absolvição é medida que se impõe, em observância ao princípio *in dubio pro reo*.

APELAÇÃO CRIMINAL n° 1.0499.06.999867-6/001 - Comarca de Perdões - Apelante: José Maurício da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. PEDRO VERGARA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de abril de 2007. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Pedro Vergara - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra Cláudio Camilo Landim, José Maurício da Silva e Antônio Servo de Assis, como incursos nas sanções do art. 34 (pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente) da Lei 9.605/98.

Narra a denúncia que os acusados, no dia 23 de setembro de 2003, por volta das 23h45min, às margens do Rio Grande, próximo ao local denominado Usina Hidrelétrica do Funil, zona rural da Comarca de Perdões, praticavam pesca em área proibida por órgão competente, a menos de 500 (quinhentos) metros da barragem, tudo como consta do anexo inquérito policial (f. 02/03).

O presente feito refere-se somente ao apelante José Maurício da Silva, uma vez que o processo foi suspenso em relação a Cláudio, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, e suspenso de acordo com o art. 366 do Código de Processo Penal em relação a Antônio, por estar em lugar incerto e não sabido, sendo decretada a sua prisão preventiva, aguardando cumprimento.

Recebida a denúncia, foi o apelante regularmente citado e interrogado, apresentando seu defensor as alegações preliminares de f. 41 (f. 29, 37-v. e 39).

Durante a instrução, ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, nada requereram estas em diligências (f.75/77).

Nas alegações finais, pede o Órgão Ministerial a condenação, rogando a defesa o reconhecimento do princípio da insignificância,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 529

ou, alternativamente, a absolvição por falta de prova (f. 79/81 e 82/84).

Proferida a sentença, foi o apelante condenado nas sanções do art. 34 da Lei 9.605/98, à pena de 1 (um) ano de detenção e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, sobre um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, no regime aberto, substituindo-se a pena corporal por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo período da pena na razão de uma hora por dia, junto à Escola José Esteves de Andrade Botelho, em Cana Verde (f. 85/91).

Inconformado com a decisão, recorreu o apelante pretendendo, em preliminar, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva retroativa e, no mérito, a absolvição por falta de prova (f. 106/110).

Por sua vez, suplica o *Parquet* o improvimento, mantendo-se, na íntegra, o edito fustigado (f. 112/113).

Manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça, opinou esta de igual forma (f. 118).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade. Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para a sua admissão.

II - Das preliminares. *Ab inito*, suscita a defesa preliminar de prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Sob tal prisma, razão não a socorre, uma vez que a pena aplicada ao apelante foi de 1 (um) ano de detenção, cujo prazo prescricional é de 4 (quatro) anos, a teor do art. 109, inciso V, do Código Penal, e, entre os marcos interruptivos - recebimento da denúncia e publicação da sentença condenatória -, não transcorreu período superior a 4 (quatro) anos.

Isso posto, rejeito a preliminar.

III - Do mérito. Cuida-se de crime ambiental de pesca predatória, praticada em local interditado por órgão competente, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 34 da Lei 9.605/98.

Resume-se a *questio juris* à análise da possibilidade, ou não, da absolvição por falta de prova.

Com efeito, no que se refere à materialidade, restou esta comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 06/07).

Já no que concerne à autoria, inexistem elementos suficientes a justificar uma condenação, restando, pois, as palavras dos militares que lavraram referido boletim isoladas das demais provas colacionadas na espécie, *data venia*.

Observa-se que o apelante negou a prática delitiva tanto na fase inquisitiva quanto em juízo, *in verbis*:

> ... que os militares se equivocaram em registrar, no relatório do boletim, que o declarante estaria a pescar e, na ocasião, atirou uma linha de anzol nas águas do rio, porque o declarante não estava a pescar e nem pretendia fazê-lo... (f. 15).

> ... que o depoente foi tirar uma linha com anzol para Antônio de dentro do rio para que pudessem ir embora e nesse momento a Polícia Florestal chegou; que o Toninho não chegou a pegar nem um peixe; que o depoente também não pegou nenhum peixe... (f. 39).

Dessa forma, a condenação do apelante baseou-se somente nas palavras dos milicianos Willian de Pádua e Denilson Corrêa dos Santos, que lavraram o boletim de ocorrência de f. 06/07 (f. 75/76).

Ademais, vale dizer que a linha de anzol com a qual supostamente o apelante pescava não foi apreendida.

Por outro lado, consta ainda dos relatos dos militares que o apelante se encontrava pescando em local proibido/interditado, área de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 530

segurança da Usina Hidrelétrica do Funil, não respeitando, dessa forma, os limites estabelecidos pelo órgão competente.

No entanto, dispõe o art. 34 da Lei 9.605/98:

> Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:
> Pena - detenção de um ano e três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente...

Registre-se que referido artigo constitui norma penal em branco, vale dizer, passível de complementação por outra norma, entretanto não há nos autos qualquer prova documental hábil a provar que a área estava realmente interditada por órgão competente oriundo do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama, responsável pela determinação da interdição da área pesqueira.

Nesse sentido:

> Se o fato existiu, mas a prova não pode precisar o que realmente ocorreu, o réu deve ser absolvido com fundamento no art. 386, VI, do CPP, e não no inciso I do mesmo dispositivo (*RJDTACrim* 22/395).

Assim, não há prova segura de que estivesse o apelante a pescar em local proibido/interditado, segundo o acervo probatório trazido aos autos, devendo, pois, ser o mesmo absolvido das sanções do art. 34 da Lei 9.605/98.

A propósito, anotamos respeitável julgado desta Corte:

> Uma sentença condenatória não pode ser baseada única e exclusivamente em indícios. A prova nebulosa, contraditória e geradora de dúvida quanto à autoria do delito não tem o condão de autorizar a condenação do réu não confesso, uma vez que ela não conduz a um juízo de certeza. A autoria pelo apelante sinalizada como mera possibilidade não é bastante para ensejar a condenação criminal, por exigir esta a certeza plena. Como afirmou Carrara, 'a prova, para condenar, deve ser certa como a lógica e exata como a matemática'. Nesse sentido, *JTACRESP* 42/323. O Estado que reprime o delito é o mesmo que garante a liberdade. O Estado de Direito é incompatível com a fórmula totalitária. Nele prevalece o império do direito, que assegura a aplicação da máxima *in dubio pro reo* (TJMG 1.0000 00268370-4/000, Rel. Des. Tibagy Salles, *IOMG* 20.09.2002).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para absolver o apelante José Maurício da Silva, nos termos do art. 386, inciso VI, Código de Processo Penal.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Maria Celeste Porto e Vieira de Brito.*

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 531

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS - ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO - AUMENTO DA PENA EM RAZÃO DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E DO CONCURSO DE AGENTES - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO - IMPROPRIEDADE - INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA *B*, E § 3º DO CÓDIGO PENAL

1. Irregular aumento da pena implementado em decorrência das duas qualificadoras, porquanto fixado em 3/8, acima do mínimo legal, sem qualquer fundamentação, sendo considerado apenas o critério matemático. Precedentes.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

3. Ordem concedida para fixar o aumento da pena pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

HABEAS CORPUS Nº 74.451-RJ - Relatora: Ministra LAURITA VAZ

Impetrante: Ana Maria Mauro, Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Waldeci Oliveira da Silva (Preso). Paciente: Paulo Roberto de Almeida (Preso).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que denegava a ordem.

Brasília-DF, 28 de junho de 2007 (data do julgamento). - *Ministra Laurita Vaz* - Relatora.

Relatório

Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz - Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de PAULO ROBERTO DE ALMEIDA, contra acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O ora Paciente foi condenado como incursos no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignada, a Defesa apelou buscando a absolvição por falta de provas e a diminuição da pena. Contudo, o Tribunal *a quo* desproveu o recurso defensivo, mantendo *in totum* os termos da sentença condenatória.

O Impetrante alega, em suma, que a majoração de 3/8 da pena aplicada pelo Juízo processante, em razão do reconhecimento das causas de aumento, é ilegal.

Aduz, ainda, que o regime inicialmente fechado foi imposto ao Paciente tão-somente com fundamento na gravidade abstrata do delito.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 532

Requer, assim, a redução da pena e amodificação do regime prisional.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 61/79, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 81/88, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

Voto

Exma. *Sra. Ministra Laurita Vaz* (*Relatora*) - A ordem merece concessão.

In casu, estes os termos da individualização da pena do Paciente pela sentença condenatória, confirmada em sua totalidade pelo acórdão impugnado, *litteris*:

> 1. Atendendo às diretrizes dos artigos 59 e 68 do Código Penal e, levando em consideração que o acusado é primário, fixo a pena-base do delito contra o patrimônio no mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias multa.
> 2. Não existem circunstâncias legais atenuantes ou agravantes.
> 3. Presentes as causas especiais de aumento de pena dos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal. Quando o legislador previu que a pena seria aumentada de um terço até a metade, indicando cinco hipóteses de majoração, quis estabelecer uma progressividade no aumento cabível. Uma interpretação lógica do § 2º do art. 157 do Código Penal, leva à conclusão de que, se o delito for cometido com a presença de uma daquelas hipóteses, a pena deverá ser acrescida de 1/3. Se ocorrerem as cinco causas especiais agravantes, a pena será aumentada e 1/2. Partindo deste raciocínio, cada causa a mais, aumentará a pena em determinada quantidade. [...]
> Assim sendo duas as causas especiais, aumento a pena em 3/8, passando a mesma a 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa. [...]
> As penas serão cumpridas, inicialmente, em regime fechado, uma vez que se trata de delito praticado com grave ameaça à pessoa, uso de arma e concurso de agentes. Tal crime vem trazendo enorme intranqüilidade à população que vive prisioneira do medo de transitar pelas ruas, principalmente à noite e não merece regime mais brando. Além disso, a vítima, além da situação sofrida no momento do fato, ainda teve contra si uma sindicância militar em virtude da perda da arma, perpetuando-se no tempo seu dissabor. (fls. 22/23)

De início, verifica-se o irregular aumento da pena implementado em decorrência das duas qualificadoras, porquanto fixado em 3/8, acima do mínimo legal, sem qualquer fundamentação, sendo considerado apenas o critério matemático.

Cumpre ressaltar que a presença de duas qualificadoras no crime de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o Magistrado, no caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação.

O art. 68, parágrafo único, do Código Penal, dispõe:

> Art. 68. A pena base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento.
> Parágrafo único. *No concurso de duas causas de aumento* ou de diminuição previstas na parte especial, p*ode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua*. (grifei)

Como se vê, desse dispositivo não se extrai o comando de que a presença de duas causas de aumento, per si, conduziria a majoração acima do mínimo previsto no art. 157, § 2º, do Código Penal. Visa essa norma à razoável e proporcional dosimetria da pena, ocasião em que o Magistrado deve apreciar a intensidade de cada causa especial de aumento, e não apenas efetuar um simples cálculo matemático.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 533

Sendo assim, para que seja exasperada a pena em face da dupla qualificação do crime de roubo, faz-se necessário, a teor do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que o Magistrado apresente fundamentação suficiente, a ponto de demonstrar que tais qualificadoras ensejam uma maior reprovabilidade na conduta do agente.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados desta Corte e do STF:

> Recurso especial. Processual penal. Pena fixada abaixo do mínimo legal. Atenuante. Confissão e menoridade. Imposibilidade.
> Sendo a pena-base fixada no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena *in concreto* a patamar aquém daquele limite mínimo, sob pena de se permitir, *a contrario sensu*, que as agravantes "que sempre agravam a pena" possam elevar a pena acima do limite máximo, o que seria absurdo.
> Recurso conhecido e provido. (RESP 706539/RS, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonsceca, *DJ* de 09/05/2005.)

> Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, I, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal. Pena aquém do mínimo. Atenuantes.
> A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula n.º 231 - STJ).
> Recurso provido. (REsp 694047/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 04/04/2005.)

> *Habeas-corpus*. Roubo qualificado (art. 157, § 2º, I e II, do CP). Aumento da pena no limite máximo previsto em face da existência de duas circunstâncias qualificadoras do crime. Fundamentação deficiente.
> 1. O aumento da pena em face de circunstância qualificadora do crime, ou agravante específica, quando aplicado acima do mínimo legal, deve ser fundamentado.
> 2. A simples constatação da existência de duas qualificadoras não é bastante para fundamentar o agravamento da pena no limite máximo previsto; cada uma das três fases da aplicação da pena (art. 68 do CP) deve ter fundamentação tópica e suficiente.
> 3. *Habeas-corpus* conhecido e indeferido quanto ao pedido de redução da agravante para o mínimo de 1/3 e deferido quanto ao pedido formulado em ordem sucessiva, para determinar que o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação e complemente a fundamentação do aumento da pena aplicado no máximo previsto no § 2º do art. 157 do CP. (*HC* 71741/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 26/05/1995.)

Ademais, existente constrangimento ilegal, na medida em que o regime mais gravoso, no caso o fechado, foi estabelecido em face da gravidade abstrata do delito, malgrado tenha sido a pena-base fixada no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis.

Se, acaso, o Magistrado sentenciante houvesse considerado as circunstâncias judiciais do crime desfavoráveis ao réu, poderia, então, com base nessas mesmas circunstâncias, agravar o regime de cumprimento da pena.

Sendo assim, deveria o julgador, quando da individualização da reprimenda penal, ter observado o disposto no artigo 33, § 2º, alínea b, e § 3º do Código Penal, que assim dispõe:

> Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
> .....
> .....
> .....
> § 2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
> .....
> .....
> .....
> b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto.
> § 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 534

Portanto, sendo os condenados tecnicamente primários e de bons antecedentes, a decisão que lhes impôs o regime inicial fechado de cumprimento de pena há de ser reformada para adequar a individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

A propósito, confiram-se, dentre outros, os seguintes precedentes desta Corte:

> Criminal. *HC*. Execução. Roubo simples tentado. Regime prisional semi-aberto. Impropriamente fundamentado na gravidade do crime. Circunstâncias judiciais favoráveis. Primariedade e ausência de maus antecedentes. Direito ao regime aberto. Ordem concedida.
> Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento da presença de circunstâncias judiciais favoráveis – como primariedade e ausência de maus antecedentes – na própria dosimetria da reprimenda, não cabe a imposição de regime semi-aberto com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado.
> Tratando-se de nulidade prontamente verificada, deve ser permitido o devido saneamento via *habeas corpus*. Deve ser determinado o regime aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.
> Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (*HC* 24.831/SP, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, *DJ* de 22/04/2003.)

> *Habeas corpus*. Regime inicial de cumprimento da pena. Receptação qualificada. Pena fixada no mínimo legal. Réus primários, que não possuem antecedentes. Imposição de regime mais gravoso tendo como fundamento, unicamente, a gravidade genérica do delito. Não se tratando de crimes hediondos, a sentença condenatória que fixa, para cumprimento inicial da reprimenda, regime prisional mais severo do que aquele que o condenado teria, em tese, direito, exige fundamentação adequada, sob pena de nulidade. A gravidade do delito, por si só, não pode servir de justificativa para a imposição de regime mais grave. Precedentes.
> Ordem concedida. (*HC* 21560/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 07/04/2003.)

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual "se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese" (*HC* 72.315/MG, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 26/05/1995).

Confiram-se, a propósito, os verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Súmula n.º 718)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Ante o exposto, concedo a ordem para fixar o aumento da pena pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

É o voto.

Voto-vencido

1. Sr. Presidente, eminente Ministra Relatora, observo que está se definindo, e mesmo se pacificando, que, quando a pena é fixada no mínimo legal, o regime terá de ser o semi-aberto ou o aberto. Conheço diversos precedentes nesse sentido. Mesmo ontem se fizeram julgamentos com essas diretrizes. Entretanto, queria, respeitosa e timidamente, dissociar as soluções judiciais: a da pena e a do regime, ou pelo menos evitar o automatismo. Quando o juiz fixa a pena no mínimo legal, até por benevolência - como diz o Sr. Ministro Moreira Alves em acórdão - , não está, digamos, jungido ou circunstanciado a ser benevolente também quanto ao regime.

2. Penso serem soluções judiciais que podem caminhar separadamente, evitando-se,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 535

de qualquer modo, o automatismo, sempre nocivo em matéria penal.

3. Acompanho V. Exa. na primeira parte. Na segunda, peço vênia para dissentir da orientação que V. Exa. fixou, em harmonia com os numerosíssimos precedentes desta Corte, a fim de dissociar o regime da pena da quantidade da pena, e votar no sentido de manter a decisão no que se refere ao modo de cumprir a reprimenda, mas concordo na exclusão da exasperação decorrente dessa causa que não foi objeto de motivação.

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 maioria, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que denegava a ordem.

Brasília, 28 de junho de 2007. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado do *DJU* de 13.08.2007.)

-:::-

RECURSO ESPECIAL - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL EM TORNO DA APLICAÇÃO DO ART. 89 DA LEI 9.099/95 E DO ART. 299 DO CP - INEXISTÊNCIA DE PROPOSTA DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO TRANSCORRER DO JULGAMENTO - TEMA DESPREZADO PELO TRIBUNAL - APLICAÇÃO DO ART. 28 DO CPP

1. A expressão "poderá", constante do *caput* do art. 89 da Lei n.º 9.099/95, não cria ao Ministério Público um poder discricionário, uma faculdade, porquanto o poder-dever de ofertar a proposta de suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais, persiste conduzindo a atuação do titular da ação penal, que não pode, sem motivo justificado, escolher pela persecução penal.

2. Cabe ao julgador aplicar o art. 28 do CPP, abrindo vista ao Procurador-Geral de Justiça se o órgão do *parquet* local, atuante no caso, se recusa a propor a suspensão condicional do processo.

3. *In casu*, o Tribunal *a quo* deixou de cumprir a determinação de remessa.

4. Recurso provido em parte para que, em sede de diligências, o Tribunal *a quo* providencie a oitiva do Procurador-Geral de Justiça acerca da conveniência e oportunidade da suspensão condicional do processo, sem prejuízo do exame posterior das outras questões suscitadas no presente apelo.

RECURSO ESPECIAL Nº 272.781-ES - Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Recorrente: Walter Gustavo Naumann Junior. Advogado: Vinícius Bittencourt. Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 536

os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta extensão, deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 21 de junho de 2007 (data do julgamento). - *Ministra Maria Thereza de Assis Moura* - Relatora.

Relatório

Ministra Maria Thereza de Assis Moura (*Relatora*) - Cuida-se de recurso especial, aviado com fundamento no art. 105, III, "c", da Constituição Federal, interposto por WALTER GUSTAVO NAUMANN JUNIOR, contra v. acórdão proferido pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, cuja ementa foi assim delineada (fls. 871/872):

> PENAL E PROCESSUAL PENAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA – CARACTERIZAÇÃO – MODALIDADE CULPOSA – INEXISTÊNCIA – SUSPENSÃO DO PROCESSO – PRECLUSÃO.
> A suspensão do processo prevista no art. 89 da Lei n.º 9.099/95 é uma faculdade conferida ao então acusado mas que deve ser exercida oportunamente. Não se pode examinar pedido de tal natureza quando pronunciamento algum a respeito fez a defesa (ante ausência de oferta pelo Ministério Público), durante toda a instrução processual e mesmo em sustentação oral na sessão de julgamento, provocando o incidente quando o réu já estava praticamente condenado. Aliás tal posicionar mostra-se contraditório, pois a suspensão então pretendida é incompatível com a absolvição tenazmente perseguida pela mesma defesa. No mais, a principal finalidade do novel instituto é o evitar a estigmatização derivada do próprio processo o que se inviabilizaria então. No mais, não pode o réu colocar-se em situação de vantagem para, depois, de iniciada a instrução (aqui concluída) dar a sua anuência a respeito, conforme as provas colhidas.
> Comete o delito de falsidade ideológica quem insere em declarações afirmações falsas atinentes a possível tempo de serviço rural, levando-as a homologação pelo Ministério Público, para posterior averbação junto ao INSS. Neste caso não se presta a descaracterização de tal crime o estar ditos documentos sujeitos à fiscalização da Autoridade que poderia perceber o falso. Primeiro, porque o delito se consuma com a homologação pelo Ministério Público que era a Autoridade competente para tal; segundo porque a ilicitude desaparece tão somente quando a falsidade é facilmente constatável, a um exame superficial, e nunca quando sindicâncias são necessárias para a sua descoberta.
> Inexistindo a modalidade culposa, e não havendo prova de dolo quando firmados tais documentos é de se rejeitar a denúncia contra os respectivos subscritores de tal declaração, levando-se em conta também a influência de um Magistrado em tal proceder.

Do que se depreende do arrazoado, WALTER GUSTAVO NAUMANN JUNIOR, Juiz de Direito, foi denunciado, juntamente com outros três co-réus, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, nas penas do art. 299 do Código Penal. Disse a denúncia que o réu, usando da condição de Juiz de Direito, "em 12 de novembro de 1992, solicitou com requerimento ideologicamente falso, ao presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais da Serra, ES, DECLARAÇÃO de que exercera atividade de trabalhador rural no período de onze de setembro de 1970 a quatro de março de 1982 (fl. TJ 120)". Conseguido tal intento, requereu do Ministério Público local a homologação do documento, sendo que, uma vez operada, encaminhou pedido ao Instituto Nacional do Seguro Social a fim de que lhe fosse fornecida certidão de tempo de serviço da suposta atividade rural, ocasião em que a Autarquia Federal suscitou a existência da falsidade.

Recebida a denúncia (fls. 318/321) e transcorrida a instrução, o Plenário da Corte *a quo*, por maioria, decidiu condenar o recorrente à pena de 2 (dois) anos e 1 (um) mês, reprimenda substituída por restritiva de direito (prestação

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 537

de serviços à comunidade), absolvendo os demais denunciados.

Daí este recurso excepcional, pelo qual o recorrente agita a existência de dissídio jurisprudencial em torno do art. 299 do CP, entre o que foi conferido no acórdão com o que foi dado por outros Tribunais, mormente o Tribunal Regional Federal da 1ª Região e o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Noutra sede, suscita a nulidade do processo por inobservância da Lei n.º 9.099/95, na medida em que não oportunizou ao recorrente a suspensão condicional do processo, ponto também aventado pelo caminho da divergência com orientação firmada no Supremo Tribunal Federal.

O recurso foi admitido pela decisão de fl. 1037 e subindo os autos a esta Corte, foram distribuídos ao então Ministro Fontes de Alencar, sendo posteriormente encaminhados a mim em segunda atribuição.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 1044/1049).

É o relatório.

Voto

Ministra Maria Thereza de Assis Moura (*Relatora*) - Sob a óptica do ritual de admissibilidade do recurso, observo em primeira linha que ambos os temas devolvidos a esta Corte foram amplamente debatidos no *decisum* vergastado, embora as razões recursais tenham pecado na demonstração do confronto analítico dos julgados. Mas por ser patente a discussão, há de merecer a incursão meritória.

Num primeiro campo de análise, urge concentrar esforços no tema prioritário e prejudicial da suspensão condicional do processo.

Pelo que consta dos autos, no meu entender, a situação fática processual da qual resultou, naturalmente, o entendimento jurídico do Tribunal *a quo*, que melhor encaminha a discussão está no voto-vencido do Ilustre Desembargador Osly da Silva Ferreira, que na continuidade do julgamento da ação penal, assim apresentou a questão (fls. 962/963):

> Trata-se de pedido de suspensão do processo a teor do art. 89 da Lei n.º 9.099/95, formulado pelo acusado Dr. Walter Gustavo Naumann Jr.
> Conforme argumentei em sessão anterior, lendo jurisprudência específica, a suspensão do processo – a teor do art. 89 da Lei n.º 9.099/95 – constitui-se em direito subjetivo do acusado. Em suma, quando processado pelos "crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano" há que se dar ao acusado a oportunidade de se manifestar se aceita ou não a proposta da suspensão do processo, ou deverão ficar devidamente justificados os motivos por que não lhe será oferecida a proposta, diante das exigências do referido art. 89.
> No presente caso, o acusado requerente situou-se apenas processado como incurso nas sanções do art. 299 do Código Penal, cuja pena mínima prevista é de um ano de reclusão, já que o próprio órgão ministerial em suas alegações finais entendeu incorreta e excessiva a tipificação do crime também no artigo 304. Tal argumento foi integralmente aceito pelo Eminente e culto Relator que concluiu por condenar o requerente apenas na sanção do art. 299.
> Por tal razão é que argumentei pela suspensão do processo a teor do art. 89 da Lei n.º 9.099/95, tendo pedido vista dos autos.
> Porém, antes de levar o processo a julgamento, aquele meu pedido de vista resultou prejudicado, pelo ingresso da petição de fls. 640 "usque" 653 da defesa pedindo o pronunciamento desta Colenda Corte, quanto à suspensão do processo.
> Mesmo antes de ser apresentada a referida petição, o douto Procurador de Justiça, manifestou-se às fls. 637/639 assim concluindo:
> 'Mas, na realidade, me oponho a fazer a proposta de suspensão porque o acusado não preenche os requisitos do referido art. 89, não satisfazendo, principalmente, as exigências do art. 77 do Código Penal.
> Portanto, o Ministério Público estadual deixa de fazer a proposta de suspensão do processo por entender totalmente incabível.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 538

> É a manifestação, senhor Presidente e Eg. Tribunal, requerendo que se prossiga, concessa vênia, com a votação do mérito, renovando o pedido de condenação.'
> Portanto, o nobre Representante do Ministério Público adentrou no mérito, ao concluir que 'o acusado não preenche os requisitos do referido art. 89, não satisfazendo, principalmente, as exigências do art. 77 do Código Penal'.
> Por seu turno, o Eminente e culto Relator, não entrou no mérito, tanto assim que concluiu "pela total impertinência, data vênia, desta questão hasteada", isto porque, em seu voto, entendeu, em resumo, já ter havido manifestação deste Egrégio Tribunal sobre o pedido de suspensão formulado pelos outros acusados e por ter ocorrido preclusão, em virtude do estado atual do processo, bem ainda por não haver obrigatoriedade por parte do Ministério Público para propor a suspensão."

O eminente desembargador, com essa exposição, preconizou no seu voto a necessidade de submeter à apreciação do relator, bem assim, do Pleno, o mérito da pretensão do *sursis* processual, para que, expressamente, analisasse se o acusado preenchia ou não os requisitos do art. 89 da Lei n.º 9.099/95. Contudo, esta não foi a tese vencedora no acórdão, que seguiu o entendimento do relator.

Extrai-se do posicionamento do eminente relator o seguinte ponto:

> Insta fazer o registro, por derradeiro, que deixei para manifestar-me, agora, em emissão de voto, quanto ao pedido formulado pela defesa dos acusados CARLOS e FRANCISCO MIRANDA, quanto à suspensão do processo. E se não o fiz, antes, foi por manter entendimento no sentido de que a proposta de suspensão é ato discricionário do Ministério Público, tem como momento oportuno o oferecimento da denúncia, e ao ser oferecida a denúncia nada se propôs a respeito. (fl. 891).

Em adendo ao pedido de vista do Desembargador Osly da Silva Ferreira, que posteriormente votou nos termos da transcrição suprareferida, o eminente Relator esclareceu (fl. 945):

> Gostaria de esclarecer ao Eminente Desembargador Osly da Silva Ferreira, já que S. Exª fez essa declaração, que o então denunciado, quando fez a sua defesa prévia, não postulou essa suspensão do processo, somente dois acusados o fizeram: Carlos Miranda e Francisco Miranda. O voto foi apreciado pelo Egrégio Tribunal de Justiça, votação essa que está se procedendo até a presente data.

Mais a frente, após o voto-vista no sentido de aceitar proposta da suspensão, o eminente Relator ainda fundamentou (fls. 970/971):

> Estávamos já no julgamento de mérito, com condenação por 10 a 7, salvo algum engano, quando o Eminente Desembargador Osly da Silva Ferreira pediu vista dos autos para suscitar esse possível incidente. Logo depois, como S. Exª esclareceu, foi interrompido pelo pedido da Defesa, ao qual julguei fora do prazo, porque o julgamento do mérito já estava em andamento, repito. O Dr. Procurador de Justiça também antecipou o seu ponto de vista, entendendo que o réu não preenchia os requisitos para a suspensão do processo. Aliás, aqui há até certas nuanças, porque o pedido de suspensão do processo pressupõe que o réu admita sua culpabilidade. O Eminente Desembargador Osly da Silva Ferreira votou pela absolvição do réu, o que é diferente. Se ocorreu erro, foi meu para beneficiar o réu e aí caberá ao Dr. Procurador de Justiça recorrer, se for o caso. Se houve equívoco foi quando concedi a pena restritiva de direito, porque no meu entender, e mantenho meu posicionamento anterior, quanto à preclusão, no mérito, o Dr. Procurador de Justiça mostrou que o réu não tem direito a isso.

Diante dessas transcrições, pode-se construir a questão jurídica a ser debatida no especial, dentro da linha do dissenso pretoriano, como sendo aquela que prodigalizou a suspensão condicional do processo como ato discricionário do ministério público, cabendo a este a conveniência e oportunidade de ofertar a proposta quando lhe bem entender.

Outras questões, tais como, a que disse sobre a preclusão do pedido e a que tratou sobre o momento de a defesa propô-lo estariam afastadas, porquanto o que prevaleceu em último

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 539

caso foi o entendimento inicial que cabe reproduzir: *"a proposta de suspensão é ato discricionário do Ministério Público, tem como momento oportuno o oferecimento da denúncia, e ao ser oferecida a denúncia nada se propôs a respeito"* (fl. 891).

Este, no meu entender, seria o único ponto controvertido capaz de ser investigado pela via especial.

A suspensão condicional do processo trouxe à tradicional conjuntura do direito brasileiro uma nova forma de resolução do conflito penal, a que a doutrina consagrada pontuou como a via alternativa entre a resposta da prisão, no caso da ação penal pública, e a sua renúncia, no caso da ação penal de iniciativa privada.

Isso se dá porque, como sabido, a ordem jurídica confia ao ministério público a obrigatoriedade da ação penal pública e a alternativa proposta de transação processual mitiga essa realidade da norma cogente. Daí porque se diz que o princípio regente dessa nova forma de solução da controvérsia penal é o da oportunidade ou discricionariedade regrada, pelo qual o titular da ação pode dispor da persecução penal em favor de uma proposta alternativa.

No entanto, afirme-se que o sentido da ordem legal, ao contrário do que possa indicar a previsão do art. 89 da Lei n.º 9.099/95, quando usa a expressão "poderá", não é a de conferir ao Ministério Público uma faculdade simplesmente, de modo a afastar o poder-dever de seu múnus público. Na verdade, o *parquet* continua a ser influenciado pela imposição legal e dentro de certos requisitos. Por sinal, a doutrina sempre ressaltou na função ministerial como aquela que se pauta pela proteção da sociedade na medida exata da previsão legal.

> É a lei, em última análise, que traça a atuação do Ministério Público. A ordem jurídica, destarte, não só constitui objeto da sua atuação (CF, art. 127), senão também seu limite. É objeto da sua defesa e ao mesmo tempo preside qualquer atuação sua. Todos os poderes públicos estão submetidos ao império da legalidade, pois é isso que caracteriza o Estado de Direito; todavia, primordialmente é o Ministério Público o órgão projetado constitucionalmente para atuar em defesa da ordem jurídica. (Ada Pellegrini Grinover *et al. Juizados Especiais Criminais* (Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995). 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 260).

No atinente à suspensão, também pontua:

> O princípio da oportunidade (regrada) instituído pela Lei 9.099/95, entretanto, não chega a permitir ao Ministério Público deixar de atuar pura e simplesmente. Ele pode dispor da *persecutio criminis* projetada pela lei, para adotar uma via alternativa. Mas não pode deixar de agir por razões de oportunidade. Presentes os requisitos legais, tem que atuar em favor da via alternativa eleita pelo legislador. Quem traçou a política criminal consensual, portanto, foi o legislador. Não é o Ministério Público o detentor dessa política. Ele a cumpre. Assim como a cumpre o juiz. A *ratio legis*, portanto, reside na conquista de finalidades públicas supremas (desburocratização, despenalização, reparação, ressocialização etc.), não no incremento de poderes para uma ou outra instituição. (Obra citada, pág. 261).

Por esse viés, tenho que o acórdão pecou ao assumir a posição segunda a qual a suspensão condicional do processo é ato discricionário cuja configuração externa é da escolha única do ministério público.

Ora, admitir tal entendimento é o mesmo que tornar disponível a atuação do órgão de acusação, que poderia optar unilateralmente, sem qualquer fundamentação, entre perseguir o autor do crime ou propor a transação processual.

O sentido da norma é outro, obviamente. Envolve, inclusive, a conferência consensual para a concretização do instituto, já que, de um lado, cobra, uma vez presentes os requisitos, a indicação do *parquet*, com as condições a serem proposta ao réu, e, de outro, a aceitação deste. E mesmo sobrevindo discussão no transcorrer do julgamento, cabe ao Juiz dispor sobre a sua obrigatoriedade ou concessão.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 540

Vale ressaltar quanto ao julgamento em exame que tal exigência de definição por parte do colegiado local era de ser desde logo concretizada, inclusive com a possibilidade do emprego da situação prevista no art. 28 do CPP ante a inocorrência de manifestação do Procurador-Geral de Justiça.

Assim, na espécie, dois pontos devem ser destacados:

a) mesmo havendo, desde o início da ação penal, pedido expresso da defesa dos coréus Carlos Miranda e Francisco Miranda para que fosse concedida a suspensão condicional do processo, o Tribunal *a quo* preferiu indeferir o pedido sob a fundamentação da discricionariedade do ato por parte do ministério público (fl. 891).

b) Já em relação ao recorrente, embora não tenha havido a proposta por provocação da defesa, o Tribunal reconduziu o tema no voto do desembargador Osly da Silva Ferreira, ao que se seguiu pedido expresso do acusado, sendo a discussão resolvida a partir de fundamentação inidônea, sem qualquer parâmetro aceitável. Basta notar que a decisão tomada no meio do julgamento simplesmente desprezou a concessão da substituição da pena privativa por restritiva de direito, conferida ao acusado, cuja medida se enquadrava perfeitamente na hipótese da suspensão condicional do processo.

No contexto, portanto, era de ser seguido o rito do citado art. 28, de modo garantir ao acusado toda a extensão do direito ao benefício da suspensão processual. E nunca é demais ressaltar que, sendo ato bilateral, o réu só poderia aceitar a proposta se viesse concretamente demarcada com as condições a serem cumpridas. Ademais, saliente-se que o ato de recepção é personalíssimo, cabendo somente ao réu, na presença do juiz, dispor sobre a aceitação.

Diante disso, vejo que o recurso cumpre os requisitos de admissibilidade, sobretudo porque trouxe orientação da Suprema Corte que bem expressa o teor da discussão.

E desta Corte, colacionem-se:

> *HABEAS CORPUS*. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE PROPOSTA OU DE INDEFERIMENTO. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. BENEFÍCIO A SER CONCRETIZADO ATÉ A SENTENÇA.
> A realização da proposta de suspensão condicional do processo é prerrogativa a ser lançada por parte do Ministério Público, mas, por outro lado, é direito subjetivo do réu de ver-lhe recebida.
> Portanto, a sua não configuração em termos específicos, conferindo ou não o direito ao acusado, macula o procedimento, pois a lei obriga a condução circunstanciada do benefício, mesmo que ocorra depois do recebimento da denúncia e antes da sentença.
> Ordem concedida em parte para que seja realizada a proposta de suspensão do processo ou, em caso negativo, sejam anotados os termos do indeferimento. (*HC* 38.064/BA, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16.12.2004, *DJ* 21.02.2005, p. 201)

Por derradeiro, alerte-se para o fato de que a decisão a se tomar neste REsp deve levar em conta a recusa do Ministério Público local em oferecer a proposta, por entender não estarem presentes os requisitos, quando a própria decisão condenatória garantia a substituição da pena.

Em resumo: diante da negativa do Ministério Público em oferecer a proposta, porquanto entendeu não presentes os requisitos legais, cabia ao Tribunal, em obediência ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, remeter o caso ao procurador-geral de justiça para o fim de dispor acerca do direito à suspensão condicional do processo e suas condições, de sorte a exaurir a sua prerrogativa de titular da ação penal.

Sendo assim, conheço em parte do recurso especial e, nesta parte, dou-lhe provimento,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 541

para determinar, em sede de diligências, que o Tribunal *a quo* proceda à oitiva do Procurador-Geral de Justiça sobre a oportunidade e conveniência da suspensão condicional do processo, sem prejuízo do exame posterior das outras questões suscitadas no presente apelo.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta extensão, deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 21 de junho de 2007. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 13.08.2007.)

-:::-

CIVIL E PROCESSUAL - ACÓRDÃO ESTADUAL - NULIDADE NÃO CONFIGURADA - DECISÃO ASSEMBLEAR DE CONDOMÍNIO QUE DELIBERA, PELOS VOTOS PRESENTES, EXTINGUIR OITO VAGAS DE GARAGEM DE PROPRIEDADE DO BANCO CONDÔMINO - MATRÍCULAS PRÓPRIAS - IMPOSSIBILIDADE - ANULAÇÃO DA ASSEMBLÉIA - EFEITOS - RETORNO AO *STATUS QUO ANTE*

I. Não padece de nulidade o acórdão estadual que enfrenta as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas com conclusão desfavorável à parte.

II. É vedado à assembléia de condomínio extinguir vagas de garagem que dispõem de matrícula própria e pertencem a um dos condôminos, ausente à reunião, sob alegação de que a quantidade total não é comportada no espaço físico disponível.

III. Anulada a assembléia no que tange à extinção das vagas, compete o restabelecimento da situação anterior por inteiro.

IV. Recurso especial conhecido em parte e provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 400.767-SP - Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Recorrente: Nossa Caixa - Nosso Banco S.A. Advogados: Carlos José Marciéri e outros. Recorrido: Condomínio Edifício Comendador Francisco Navarro Dias. Advogado: Daniel Sadakazu Yamashita.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 542

Brasília-DF, 24 de abril de 2007(data do julgamento). - *Ministro Aldir Passarinho Junior* - Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior - Aproveito o relatório de fls. 555/557, *verbis*:

> Trata-se de anulação de assembléia de condomínio e conseqüentes registros públicos promovida por Nossa Caixa Nosso Banco, sob alegação de que tem direito a determinado número de vagas na garagem comum, mas não pode usufruir das mesmas, por má distribuição de vagas ou por falta de espaço na garagem.
> A r. sentença de fls. 243/53 julgou parcialmente procedente a demanda, para anular a deliberação contida na assembléia geral de 17.5.86, na parte que atribuiu a 59 condôminos vagas físicas e determinadas. Houve cominação de multa diária.
> Pelo v. acórdão de fls. 329/33 anulou-se tal decisão e se ordenou a realização de perícia no imóvel.
> Voltam os autos, e a r. sentença de fls. 463/71, cujo relatório é adotado, novamente julgou parcialmente procedente a ação, para anular a deliberação contida na assembléia geral atacada, na parte que atribuiu a 59 condôminos vagas físicas e determinadas. Houve cominação de multa diária.
> Apela o condomínio, alegando, preliminarmente, a nulidade do processo, pois há necessidade de intervenção dos proprietários dos boxes na demanda; que a autora vendeu todos os apartamentos e parte dos boxes, que eram individuados; que, anulada a deliberação da assembléia, os boxes serão transformados em vagas indeterminadas na garagem; que isso não pode ser feito sem que sejam invalidados os contratos de compra e venda celebrados pela autora. Preliminarmente, ainda, alega o condomínio que a sentença é nula, pois a ação é de preceito cominatório, mas a sentença contém apenas a cominação da pena, que é acessório, e não o principal; que, assim, é nula a parte da sentença que condenou o condomínio à multa diária. No mérito, aduz que a sentença parte do pressuposto de que a garagem é composta de vagas indeterminadas, e não de vagas de uso privativo dos respectivos proprietários, e que tal garagem comporta, efetivamente, 67 vagas, o que é falso; que as vagas são todas marcadas e numeradas, e isso é incompatível com a indeterminação; que a perícia revelou que a garagem do edifício não comporta os 67 boxes; que não existe direito de propriedade se a coisa não existe; que os boxes que a autora julga ter, mas que não existem na garagem; e que, assim, devem-se acolher as preliminares suscitadas ou, no mérito, julgar improcedente a demanda.
> Mário Fucushima, Irineu Crespo e sua esposa alegam, em síntese, que são proprietários de apartamentos e vagas numeradas na garagem do edifício; que a declaração de nulidade proferida na r. sentença os prejudicou; que compraram seus boxes com matrícula no Registro de Imóveis; que a alteração da descrição do imóvel na matrícula importa alteração das características do imóvel; que, por isso, a sentença é nula, ou é nulo o processo, *ab initio*.
> A Nossa Caixa Nosso Banco alega que, anulada a deliberação de fls. 93/5, não tem como subsistir a numeração feita nas matrículas; que devem ser suprimidos os dados que aparecem nas matrículas em razão das anotações feitas com base na deliberação assemblear; que a cominação de multa pecuniária diária está aquém do pedido; e que, assim, é de se prover o presente recurso, modificando-se, neste aspecto, a r. sentença.
> Recursos bem processados, com resposta apenas da Nossa Caixa Nosso Banco.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso dos réus e julgou prejudicado o da autora, em acórdão assim ementado (fl. 555):

> Condomínio. Incorporação. Garagens em quantidade insuficiente. Assembléia de condôminos reduzindo a quantidade. Ação anulatória de assembléia e de registros imobiliários movida por arrematante-credora da incorporadora. Sentença de procedência. Direito de propriedade inexistente por falta de objeto. Recursos do réu e interessados providos e recurso da autora prejudicado.

Opostos embargos declaratórios às fls. 562/567, foram eles rejeitados (fls. 570/574).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 543

Inconformada, Nossa Caixa Nosso Banco S/A interpõe, pelas letras "a" e "c" do autorizador constitucional, recurso especial alegando, em síntese, que a decisão violou os arts. 458, II, 460, *caput*, 515 *caput* e § 1º, 535, I e II, do CPC, e 628 do Código Civil anterior, além de divergir da orientação de outros tribunais.

Aduz que faltou fundamentação ao aresto e que deixaram de ser aclaradas as questões suscitadas pela parte.

Diz, ainda, que era proprietária de nove vagas de garagem, devidamente registradas em matrículas próprias, porém, por força de decisão assemblear, que valendo-se apenas da decisão dos presentes, foi alterada a distribuição das vagas em prejuízo seu. Afirma que não basta a aprovação dos presentes, sendo imprescindível a concordância de todos os prejudicados.

Contra-razões às fls. 604/609, pedindo, preliminarmente, o exame da prefacial da apelação (art. 249, § 2º, do CPC), que não foi apreciada pela Corte estadual porque iria julgar o mérito a favor dos réus, como de fato o fez. Salienta que faltou o prequestionamento e que a decisão está correta, pois o prédio somente comportava 59 e não 67 vagas, e que as restantes, que o banco guardou para si, simplesmente nunca existiram.

O recurso especial não foi admitido na instância de origem (fls. 612/615), subindo ao STJ por força de provimento dado ao Ag n. 334.810/SP (fl. 638).

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (*Relator*) - Cuida-se de recurso especial, aviado pelas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, em que é apontada ofensa aos arts. 458, II, 460, *caput*, 515 *caput* e § 1º, 535 I e II, do CPC, e 628 do Código Civil anterior, e dissídio jurisprudencial.

Inicialmente, estou em que não padece de nulidade o aresto objurgado, porquanto enfrentou as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas que com conclusão desfavorável ao banco autor.

No tocante ao mérito, o Tribunal de Justiça assim solucionou a controvérsia, *verbis* (fls. 557/559):

> À preliminar de nulidade suscitada pelo condomínio em sua apelação aplica-se o art. 249, § 2º, do CPC, vez que o mérito será julgado a seu favor.
> Os recursos são examinados conjuntamente.
> O acórdão de fls. 329/33, que anulou anterior sentença, deixou assentado que não se pode tratar de questões de Direito das Coisas apenas em função de papéis e documentos, quando há dúvida sobre a existência física da coisa.
> A perícia posteriormente realizada não deixou dúvida de que a razão está com os réus.
> A conclusão foi de que, na realidade, só existem 59 vagas de garagem, embora conste do registro imobiliário a existência de 67 - fls. 372. Mesmo com 59 vagas, foi preciso raspar quinas de pilares de sustentação para possibilitar circulação e manobras - fls. 393, 400 e 402.
> O assistente técnico da autora admite que a dificuldade poderia ser contornada através de manobristas, mas admite que não levou em consideração as restrições da legislação municipal (esclarecimentos de fls. 451), a qual, segundo os réus, não permitiria a quantidade prevista de garagens.
> Em suma, o quadro probatório não deixa dúvida da inexistência física de 8 garagens.
> O equívoco da autora e da r. sentença está em terem levado em consideração uma realidade abstrata, fictícia, ou melhor dizendo, a falta de realidade.
> Sem nenhuma razão a autora quando exige a volta ao *statu quo ante*, ou seja, a volta às descrições originais, constantes dos documentos da incorporação.
> A volta ao estado anterior - em matéria de propriedade imobiliária - significa voltar ao terreno nu. Ninguém adquire a propriedade de um apartamento antes que ele esteja construído. Pelo compromisso de compra e venda que então se celebra, apenas se adquire o direito de obter uma coisa futura. O direito de propriedade só surgirá em razão de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 544

> um especial *modus acquisitionis*, que é a acessão, conforme previsto nos arts. 530, II, e 545 e ss. do Código Civil.
> Ainda que exista algum registro imobiliário, nunca existirá direito real sobre uma construção que não foi construída.
> Agora os fatos já estão esclarecidos judicialmente: aquelas garagens não existem e os registros feitos depois da assembléia anulanda estão refletindo a realidade física. Nada justifica a pretendida volta ao mundo da ficção.
> Em suma, o título da autora - carta de adjudicação - não comporta as garagens inexistentes.
> O litígio não pode ser resolvido no campo do Direito das Coisas e do Direito Registrário.
> Cabe à autora exigir perdas e danos contra quem de direito.
> Ante o exposto, dá-se provimento aos recursos do réu e dos interessados para julgar improcedente a ação, condenada a autora nas custas, despesas e em honorários de advogado no importe de 20% do valor atualizado da causa, tendo em vista a complexidade do caso e do bom trabalho apresentado pelo patrono do réu e considerando-se também que o valor da causa não é elevado. O recurso da autora fica prejudicado.

Em primeiro, a preliminar não examinada pela Corte *a quo* e repisada nas contra-razões do especial, sobre a incidência do art. 249, § 2º, do CPC, está vinculada ao próprio mérito, pois para que se pudesse reconhecer a falta de interesse de agir do banco recorrente, porque titular de vaga inexistente, ter-se-ia, antes, de acolher a tese de fundo, de que ele por não ser proprietário, não é condômino.

E, quanto ao mérito, estou em que a razão está com a recorrente.

De efeito, segundo o que constava do registro imobiliário antes de procedida a alteração assemblear, o banco era proprietário de oito vagas, de n. 60 a 67, com matrículas próprias. Sobreveio, então, uma assembléia cujos condôminos presentes deliberaram a redução para 59 vagas, com a extinção das oito, exatamente as que pertenciam ao recorrente.

Ora, em primeiro, não se extingue direito de propriedade por decisão de assembléia.

Em segundo, não parece absolutamente razoável que justamente todas as vagas extintas sejam exatamente do recorrente. Se, de acordo com a perícia, o prédio não comportava 67, mas, sim, 59 vagas, a redução teria de ser feita isonomicamente, e não pela supressão do direito de um único condômino.

Nesses termos, é anulável a assembléia impugnada, como corretamente observou a sentença de primeiro grau, *litteris* (fls. 250/253):

> A decisão da assembléia realizada em 17.05.86, atingiu e feriu direito de propriedade da autora ao alijá-la da posse dos boxes de garagens com a numeração superior a 60 inclusive. Sem o consentimento expresso de todos os prejudicados não era possível a decisão, ainda que tomada pela unanimidade dos presentes à assembléia. Nenhum dispositivo da convenção permitia a deliberação que implicasse na supressão do direito de propriedade. É curial. A conclusão, portanto, é que sem o consentimento expresso de cada condômino prejudicado, demonstra-se nula e sem efeito, a deliberação que alija o proprietário da posse sobre a unidade condominial.
> Ao contrário do que afirma o requerido, a presunção prevalente até a data a assembléia atacada era a de que as vagas, ainda que numeradas e demarcadas, não tinham acesso livre e individual, tanto que a cláusula 48ª da Convenção do Condomínio determinava que os veículos fossem mantidos desengrenados e sem freio para eventuais manobras (fls. 79).
> Quanto ao cálculo realizado a fls. 195, em que o requerido encontrou o percentual de 103,63045% quando da somatória de todos os percentuais de cada unidade, tem-se que foi levado a erro pelas incorretas descrições de medidas contidas nas matrículas. Veja-se, por exemplo, a unidade descrita na matrícula 12.525 (fls. 113), consta ter 100,36 m2, que corresponde a 10,39896 m2 ou 1,03630%, enquanto que a unidade descrita na matrícula nº 12.704 (fls. 117), foi descrita como tendo 70,72 m2, que corresponde aos mesmos 10,39896 m2 ou 1,03630%. Ora, a incorreção da descrição é patente, ao ser computada área

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 545

percentual igual a imóveis com medidas diferentes.

Por derradeiro, nessa linha de raciocínio, não tem qualquer fundamento jurídico a tese de que a precedência da aquisição gera mais direitos ou melhor título. Como se sabe o condomínio é simultâneo em sua instituição e todos os co-proprietários têm direitos iguais estando ou não presentes na assembléia. Aliás, a respeito do critério acolhido para a distribuição dos boxes, sorteando-se primeiro entre os presentes, depois entre os ausentes e alijando-se oito destes últimos, fere até o bom senso e não poderia mesmo produzir o efeito esperado.

Como já se disse a resolução tomada em assembléia somente há de ser anulada no que pertine à invasão dos direitos, subsistindo no restante. Assim, nula é a deliberação que atribuiu vaga física determinada a cada condômino até o box de nº 59 e não propriamente a atribuição de números de boxes. A diferença é que com a preservação da distribuição dos números, não será necessária a alteração das matrículas. O direito à propriedade a uma vaga e a numeração continuam incólumes, cancelando-se somente a distribuição dos boxes em número de 59 ao longo dos pisos correspondentes.

Com essa solução preservam-se os registros imobiliários e o direito de propriedade da autora e de outros prejudicados.

Isto posto, julgo parcialmente procedente a ação para anular a deliberação contida na assembléia geral de 17.05.86, cuja cópia da ata encontra-se a fls. 93/95, na parte que atribuiu a 59 condôminos vagas físicas e determinadas. O condomínio deverá dar cumprimento a decisão no prazo de trinta dias contados do trânsito em julgado sob pena de imposição de multa diária de Cr$ 1.000.000,00. O requerido arcará com as custas do processo e honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado atribuído à causa, considerando-se que a autora decaiu de parte mínima do pedido.

Faço, todavia, um reparo à sentença.

É que, pelos mesmos fundamentos, as novas matrículas não podem subsistir, de modo que deve se voltar ao *status quo ante*, apenas que disciplinado o uso do efetivo espaço disponível entre os condôminos, para que se harmonize a utilização das vagas contemplando igualmente a todos.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para julgar procedente a ação, condenando o réu ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.

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 em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 24 de abril de 2007. - *Claudia Austregésilo de Athayde Beck* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 28.05.2007.)

-:::-

TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO CONTRA SÓCIO-GERENTE QUE FIGURA NA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA COMO CO-RESPONSÁVEL - POSSIBILIDADE - DISTINÇÃO ENTRE A RELAÇÃO DE DIREITO PROCESSUAL (PRESSUPOSTO PARA AJUIZAR A EXECUÇÃO) E A RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL (PRESSUPOSTO PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA)

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 546

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Não se pode confundir a relação processual com a relação de direito material objeto da ação executiva. Os requisitos para instalar a relação processual executiva são os previstos na lei processual, a saber, o inadimplemento e o título executivo (CPC, artigos 580 e 583). Os pressupostos para configuração da responsabilidade tributária são os estabelecidos pelo direito material, nomeadamente pelo art. 135 do CTN.

3. A indicação, na Certidão de Dívida Ativa, do nome do responsável ou do co-responsável (Lei 6.830/80, art. 2º, § 5º, I; CTN, art. 202, I), confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva (CPC, art. 568, I), mas não confirma, a não ser por presunção relativa (CTN, art. 204), a existência da responsabilidade tributária, matéria que, se for o caso, será decidida pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução.

4. É diferente a situação quando o nome do responsável tributário não figura na certidão de dívida ativa. Nesses casos, embora configurada a legitimidade passiva (CPC, art. 568, V), caberá à Fazenda exeqüente, ao promover a ação ou ao requerer o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária.

5. No caso, havendo indicação dos co-devedores no título executivo (Certidão de Dívida Ativa), é viável, contra os sócios, o redirecionamento da execução. Precedente: EREsp 702.232-RS, 1ª Seção, Min. Castro Meira, *DJ* de 16.09.2005.

6. Recurso especial a que se dá provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 923.742-RJ - Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, representado pela Procuradoria-Geral Federal. Recorridos: Roberto Lopes de Almeida e outro. Advogados: Cristiano Holanda Travassos Corrêa e outros. Interessada: Conservas Piracema S.A.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília-DF, 19 de abril de 2007. - *Ministro Teori Albino Zavascki* - Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (*Relator*) - Trata-se de recurso especial (fls. 165-172), fundado na alínea a do permissivo constitucional, interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal de 2ª Região que deu provimento a agravo de instrumento para reformar decisão que deferira o pedido de redirecionamento da execução fiscal aos sócios-gerentes da pessoa jurídica primitivamente devedora. O aresto restou assim ementado:

Agravo de instrumento - Responsabilidade
I. Os agravantes não podem ser qualificados

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 547

como sócios, pois eram empregados com carteira de trabalho assinada, recebendo 13º salário e férias, ao contrário dos outros dois diretores acionistas de Conservas Piracema S.A.
II. A empresa declara que os dois diretores são apenas empregados, ocupando cargos de diretores adjuntos, sendo que suas funções se limitam a executar tarefas que lhe são confiadas, ajudando na administração da empresa.
III. A empresa expressamente os exime de responsabilidade sobre pagamentos de tributos, sendo que a declaração está assinada pelo Diretor Gerente Antonio Galhego.
IV. Agravo de Instrumento provido. (fl. 146)

Os embargos de declaração foram desprovidos (fls. 156-159).

No recurso especial, aponta o recorrente, além da divergência jurisprudencial, ofensa aos seguintes dispositivos: (a) artigo 535, II, CPC, pois, mesmo com a interposição de embargos de declaração, não foram sanadas as omissões apontadas e (b) artigo 13 da Lei 8.620/93, ao argumento de que "a lei (...) coloca" os diretores "como responsáveis tributários da S/A e os mesmos constam da CDA" (fl. 171).

Em contra-razões (fls. 179-188), o recorrido pugna pelo não conhecimento do recurso especial em razão da incidência da súmula 07 do STJ. No mérito postula o seu improvimento.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator) - 1. Não merece acolhida a alegação de incidência da Súmula 07 do STJ, pois não é necessário o revolvimento de provas para que sejam analisadas as teses trazidas no recurso.

2. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta (EDcl no AgReg no EResp 254949/SP, 3ª Seção, Min. Gilson Dipp, *DJ* de 08.06.2005; EDcl no MS 9213/DF, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 21.02.2005; Resp 172.329/SP, 1ª Seção, Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 09.12.2003; AGA 512.437/RJ, 1ª T., Min José Delgado, *DJ* de 15.12.2003; AGA 476.561/RJ, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 17.11.2003).

3. Apreciando caso análogo no Resp. 835.443/PE, *DJ* 30.06.2006, 1ª Turma pronunciou-se nos termos da seguinte ementa:

Tributário. Processual civil. Execução fiscal. Redirecionamento contra sócio-gerente que figura na certidão de dívida ativa como co-responsável. Possibilidade. Distinção entre a relação de direito processual (pressuposto para ajuizar a execução) e a relação de direito material (pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária).
1. Não se pode confundir a relação processual com a relação de direito material objeto da ação executiva. Os requisitos para instalar a relação processual executiva são os previstos na lei processual, a saber, o inadimplemento e o título executivo (CPC, artigos 580 e 583). Os pressupostos para configuração da responsabilidade tributária são os estabelecidos pelo direito material, nomeadamente pelo art. 135 do CTN.
2. A indicação, na Certidão de Dívida Ativa, do nome do responsável ou do co-responsável (Lei 6.830/80, art. 2º, § 5º, I; CTN, art. 202, I), confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva (CPC, art. 568, I), mas não confirma, a não ser por presunção relativa (CTN, art. 204), a existência da responsabilidade tributária, matéria que, se for o caso, será decidida pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução.
3. É diferente a situação quando o nome do responsável tributário não figura na certidão de dívida ativa. Nesses casos, embora configurada a legitimidade passiva (CPC, art. 568, V), caberá à Fazenda exeqüente, ao promover a ação ou ao requerer o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 548

4. No caso, havendo indicação dos co-devedores no título executivo (Certidão de Dívida Ativa), é viável, contra os sócios, o redirecionamento da execução. Precedente: EREsp 702.232-RS, 1ª Seção, Min. Castro Meira, *DJ* de 16.09.2005.
5. Recurso especial a que se dá provimento.

No voto-condutor do aresto, manifesteime da seguinte forma:

1. É preciso distinguir a relação processual da relação de direito material objeto da ação executiva. Os requisitos para instalar a relação processual executiva são os previstos na lei processual, a saber, o inadimplemento e o título executivo (CPC, artigos 580 e 583), sendo que a circunstância de figurar como devedor no título é condição suficiente para estabelecer a legitimação passiva (CPC, art. 568, I). É por isso que, em doutrina, se afirma que o título executivo exerce, no processo, 'importante função de legitimação' (Enrico Tulio Liebman, *Embargos do Executado,* trad. J. Guimarães Menegale, 2ª ed., SP, Saraiva, 1968, p. 126; no mesmo sentido, Gian Antônio Micheli, *Proceso de Ejecutión*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 13). Em se tratando de dívida fiscal, o título executivo é a certidão de dívida ativa, cuja formação está disciplinada na Lei 6.830, de 1980 e na qual são indicados os nomes do devedor e dos coresponsáveis (art. 2º, § 5º, I; CTN, art. 202, I). Portanto, a indicação, na Certidão de Dívida Ativa, do nome do responsável ou do coresponsável, confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva, autorizando que, contra ele, se promova ou se peça o redirecionamento da execução. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal (REsp 272.236-SC, 1ª Turma, Min. Gomes de Barros; REsp 278.741, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto).
2. A configuração dos requisitos da legitimação passiva não significa, todavia, afirmação de certeza a respeito da existência da responsabilidade tributária. Saber se o executado é efetivamente devedor ou responsável pela dívida, é tema pertencente ao domínio do direito material, disciplinado, fundamentalmente, no Código Tributário Nacional (art. 135), devendo ser enfrentado e decidido, se for o caso, pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução. Assim, apresentado o título executivo, com as formalidades extrínsecas adequadas, estará atendido o requisito - formal - para a propositura (ou para o redirecionamento) da execução, mas não estará, necessariamente, caracterizada a certeza da existência da dívida ou da responsabilidade ou de qualquer outro elemento da relação de direito material referida naquele título. Essa certeza é apenas presumida, em face da presunção, que é relativa, de certeza e liquidez do título (Lei 6.830/80, art. 3º; CTN, art. 204, § único). 'Não se descarta', conforme acentuamos em sede doutrinária, "a hipótese de falta de correspondência ontológica entre forma e conteúdo. A norma jurídica individualizada, representada na documentação juntada à inicial, pode não existir efetivamente, ou porque nunca existiu, ou porque deixou de existir; ou pode existir, mas com outra configuração, com outra prestação ou com outro sujeito, diferentes daqueles que os documentos aparentam. Isso evidencia que a forma de exteriorização do título traduz certeza apenas relativa quanto à sua substância, abrindo caminho para controle jurisdicional, por via cognitiva, da relação jurídica em que se insere a prestação. Em outras palavras: a falta de correspondência entre o que o título formal aparenta ser e o que efetivamente ele é em substância, constitui matéria a ser invocada pelo executado, mediante embargos, que, se recebidos, estancarão, até seu julgamento, os atos executivos. (...) O certo é que o título executivo não é prova absoluta da existência da obrigação e, sendo assim, ele autoriza a ação executiva, mas não legitima, necessariamente, os atos de execução. Anotou, a propósito, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, invocando LIEBMAN, que, 'oportunizando a lei, através dos embargos, a destruição do título executivo – quando o direito não exista – acaba condicionando o ato final executivo (que é propriamente a execução), à existência efetiva do direito substancial; e confirmando o entendimento de que o título executivo permite apenas que o credor inicie e desenvolva a atividade executória (que é a 'ação' processual executiva), mas não possa atingir o resultado executivo, se o executado lograr demonstrar, nos embargos, a inexistência do crédito, configurado no título' (*Curso de Processo Civil*, 3ª ed. SP, RT, 3ª ed., vol. II, p.33" (*Comentários ao Código de Processo Civil* - vol. 8, 2ª ed. SP, RT, p. 173).
3. É diferente a situação quando o nome do responsável tributário não figura na certidão de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 549

dívida ativa. Nesses casos, embora possa ser sujeito passivo da execução (CPC, art. 568, V), caberá à Fazenda exeqüente, ao promover a ação ou ao pedir o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária. Em antiga jurisprudência do STF a respeito já se afirmava que, 'nessas hipóteses, embora o nome do sócio responsável não necessite figurar na certidão da dívida ativa, mesmo porque a devedora é a sociedade, a petição em que é requerida a citação deve especificar a razão em conseqüência da qual a execução é dirigida contra um deles' (voto do Min. Soarez Munõz, relator do RE 97.612-4, 1ª Turma, *DJ* de 08.10.82). Nesse sentido é, também, a jurisprudência aqui firmada, conforme se pode constatar do EREsp 702.232-RS (Primeira Seção, *DJ* de 16.09.2005), relatado pelo Ministro Castro Meira e do REsp 550405/RS (Primeira Turma, *DJ* de 06.10.2003), por mim relatado e assim ementado:

Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Pressupostos de viabilidade.

1. Para que se viabilize o redirecionamento da execução é indispensável que a respectiva petição descreva, como causa para redirecionar, uma das situações caracterizadoras da responsabilidade subsidiária do terceiro pela dívida do executado. Pode-se admitir que a efetiva configuração da responsabilidade e a produção da respectiva prova venham compor o objeto de embargos do novo executado. O que não se admite - e enseja desde logo o indeferimento da pretensão - é que o redirecionamento tenha como causa de pedir uma situação que, nem em tese, acarreta a responsabilidade subsidiária do terceiro requerido.

2. Segundo a jurisprudência do STJ, a simples falta de pagamento do tributo e a inexistência de bens penhoráveis no patrimônio da devedora (sociedade por quotas de responsabilidade limitada) não configuram, por si sós, nem em tese, situações que acarretam a responsabilidade subsidiária dos sócios.

3. A ofensa à lei, que pode ensejar a responsabilidade do sócio, nos termos do art. 135, III, do CTN, é a que tem relação direta com a obrigação tributária objeto da execução. Não se enquadra nessa hipótese o descumprimento do dever legal do administrador de requerer a autofalência (art. 8º do Decreto-lei nº 7.661/45).

4. Recurso Especial improvido.

4. No caso em tela, os nomes dos co-devedores estão indicados no título executivo (Certidão de Dívida Ativa), conforme consta dos documentos de fls. 11/12, o que autoriza, contra eles, o redirecionamento da execução.

5. Diante de exposto, dou provimento ao recurso especial, determinando o redirecionamento da execução na forma pleiteada pelo recorrente. É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Denise Arruda e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília, 19 de abril de 2007. - *Rubens Cesar Gonçalves Rios* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 14.05.2007.)

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 550

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 551

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CULPA DA VÍTIMA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandá-la ou mesmo excluí-la. Precedentes.

2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental a que se nega provimento.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 636.814-3/DF - Relator: Ministro EROS GRAU

Agravante: Sebastião Moraes da Cunha. Advogados: Sebastião Moraes da Cunha e outros. Agravada: Viplan - Viação Planalto Ltda. Advogados: Marcus Vinícius de Almeida Ramos e outros.

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 negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília-DF, 22 de maio de 2007. - *Eros Grau* - Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Eros Grau (*Relator*) - A decisão agravado tem o seguinte teor:

> Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário.
> 2. O agravo não merece provimento. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento deste Tribunal, conforme se depreende do julgamento do RE n. 234.010-AgR, Relator o Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 23.8.2002, ementado nos seguintes termos:
> 'Ementa: Constitucional. Administrativo. Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. C.F., art. 37, § 6°.
> I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, é abrandada ou excluída pela culpa da vítima.
> II – No caso, o acórdão recorrido, com base na prova, que não se reexamina em sede de recurso extraordinário, concluiu pela culpa exclusiva da vítima.
> III – Agravo não provido.'
> Nego seguimento ao agravo com fundamento no artigo 21, § 1°, do RISTF.

2. O agravante reitera as razões expendidas no recurso denegado e requer o provimento deste agravo regimental para que o recurso extraordinário tenha regular processamento.

É o relatório.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 552

Voto

O Senhor Ministro Eros Grau (*Relator*) - O recurso não merece provimento.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandá-la ou mesmo excluí-la:

> Ementa: Constitucional. Administrativo. Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. C.F., art. 37, § 6°.
> I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, é abrandada ou excluída pela culpa da vítima.
> II – No caso, o acórdão recorrido, com base na prova, que não se reexamina em sede de recurso extraordinário, concluiu pela culpa exclusiva da vítima.
> III – Agravo não provido [RE n. 234.010-AgR, Relator o Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 23.8.2002].

> Ementa: Recurso extraordinário. Indenização. Responsabilidade objetiva do Estado. 2. Acórdão que confirmou sentença de improcedência da ação, determinando que somente se admite o direito a indenização se ficar provada a culpa subjetiva do agente, e não a objetiva. 3. Alegação de ofensa ao art. 107, da EC n. 01/69, atual art. 37, § 6°, da CF/88. 4. Aresto que situou a controvérsia no âmbito da responsabilidade subjetiva, não vendo configurado erro médico ou imperícia do profissional que praticou o ato cirúrgico. 5. Precedentes da Corte ao assentarem que 'I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II – Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. RE n° 178.086-RJ. 6. Inexiste, na espécie, qualquer elemento a indicar tenha a vítima concorrido para o evento danoso. 7. Recurso conhecido e provido para julgar procedente a ação' [RE n. 217.389, Relator o Ministro Néri da Silveira, *DJ* de 24.5.2002].

> Ementa: Responsabilidade civil. Permissionária de serviço de transporte público.
> - Entre as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público a que alude o § 6° do artigo 37 da Constituição Federal se incluem as permissionárias de serviços públicos.
> - Pela teoria do risco administrativo, a responsabilidade objetiva permite que a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado demonstre a culpa da vítima, a fim de excluir a indenização, ou de diminuí-la. No caso, o acórdão recorrido declara inexistente essa prova.
> Aplicação da Súmula 279.
> Recurso extraordinário não conhecido. [RE n. 206.711, Relator o Ministro Moreira Alves, *DJ* de 25.6.99].

3. Entendimento diverso do adotado pelo acórdão recorrido implicaria, necessariamente, o reexame da matéria fático-probatória que o orientou, providência vedada nesta instância, em face da incidência da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal.

Nego provimento ao agravo regimental.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 22.05.2007.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 553

Subprocuradora-Geral da República,

Dra. Sandra Verônica Cureau.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador

(Publicado no *DJU* de 15.06.2007.)

-:::-

AÇÃO PENAL. Crime contra relações de consumo. Pena. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Admissibilidade. Recusa de proposta pelo Ministério Público. Constrangimento ilegal caracterizado. *HC* concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida. Interpretação do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

- Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo.

HABEAS CORPUS n° 83.926-6/RJ - Relator: Ministro CEZAR PELUSO

Paciente: Damião Pedrosa Vicente. Impetrantes: Juliana Cabral; Cláudio Costa. 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* e estender, de ofício, a ordem ao co-réu, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Cláudio Costa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau.

Brasília-DF, 7 de agosto de 2007. - *Cezar Peluso* - Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Cezar Peluso (*Relator*) - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Damião Pedrosa Vicente, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que lhe denegou a ordem nos autos do *HC* nº 24.158.

O paciente foi denunciado, juntamente com José Hercílio Cabral, pela prática do delito previsto no art. 7º, inc. IX, da Lei nº 8.137/90, porque teria, na qualidade de gerente geral da filial Vila da Penha de Casas Sendas, exposto à venda mercadorias em condições impróprias ao consumo.

Recebida a denúncia, a defesa do paciente requereu fosse analisada, pelo representante do Ministério Público, a possibilidade de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, porque ao delito imputado é cominada, alternativamente à privativa de liberdade, pena de multa.

O representante do Ministério Público, todavia, reputou inaplicável a suspensão condicional do processo, e o juiz, acatando tal entendimento, designou data para o interrogatório do paciente.

A defesa impetrou, então, *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A ordem foi parcialmente concedida, nos seguintes termos:

> *Habeas Corpus* - Paciente condenado por infração aos arts. 7º, IX da Lei nº 8.137 de 27/12/1990.
> Os impetrantes requerem a concessão da Ordem no sentido de determinar a formulação de proposta da suspensão condicional do processo.
> Procurador de Justiça opinou pela denegação da ordem.
> Concessão de liminar.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 554

> Concessão parcial da Ordem, por unanimidade, no sentido de desconstituir o Juízo monocrático que recebera a denúncia, aplicando-se *in casu* o que preceitua o art. 28do CPP, com remessa dos autos à consideração do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça (f. 223-228).

A Procuradoria-Geral de Justiça, entretanto, insistiu no não oferecimento da proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo (f. 302-314), e este retomou seu curso.

A defesa impetrou novo *habeas corpus*, agora perante o Superior Tribunal de Justiça, para aplicação imediata do rito sumaríssimo ao feito, com a conseqüente formulação de proposta de transação penal, ou, alternativamente, de suspensão condicional do processo.

O Superior Tribunal de Justiça denegou-lhe a ordem, nos termos desta ementa:

> Penal e processual penal – Exposição à venda de produtos impróprios para consumo (art. 7° da Lei 8.137/90) – Suspensão condicional do processo – Advento da Lei 10.259/01 – Modificação – Inocorrência – Delito não considerado de menor potencial ofensivo – Rito da Lei 10.259/01 inaplicável.
> - O art. 89 da Lei 9.099 não foi alterado pela Lei 10.259/01, restando este aplicável, somente, às infrações penais com pena mínima cominada igual ou inferior a 01 ano.
> - De outro lado, o delito em questão não pode ser considerado como de menor potencial ofensivo, porquanto a pena máxima cominada é de 05 anos de detenção (*ex vi* art. 2°, parágrafo único da Lei 10.259/01).
> - Ordem denegada, cassando-se a liminar concedida (f. 261).

Neste *habeas corpus*, os impetrantes requerem concessão da ordem tão-só para que "seja reconhecida a aplicabilidade da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n° 9.099/95) ao delito tipificado no art. 7°, inc. XI, da Lei n° 8.137/90". Pleiteiam liminar que determine suspensão do processo da Ação Penal n° 2002.01.022343-8, em trâmite perante a 25ª Vara Criminal do foro da comarca do Rio de Janeiro-RJ, o que foi deferido (f. 26-28).

A Procuradoria-Geral da República, que inicialmente pugnara pelo deferimento parcial, depois retificou o parecer, opinando pela concessão da ordem (f. 318-325), *verbis*:

> 3. Como se vê, o Promotor de Justiça, desprezando a alegação da cominação alternativa da pena de multa, manifestou-se contrário à suspensão condicional do processo. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, embora não aceitando a tese da infração de menor potencial ofensivo, para efeitos da transação e da transferência da competência para o Juizado Especial Criminal, determinou a remessa do processo ao Procurador-Geral de Justiça, por aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, para fins de exame da proposta de suspensão condicional do processo.
> 4. A Procuradoria-Geral de Justiça, entretanto, argumentando que o mínimo cominado para a pena privativa da liberdade é de dois anos de reclusão, afastou a hipótese da suspensão condicional do processo.
> 5. A impetração, no que lhe assiste razão, insiste na tese do cabimento da suspensão condicional do processo. Com efeito, para os delitos do art. 7° da Lei 8.137/90 são cominadas penas alternativas de reclusão, de 2 a 5 anos, ou de multa. Tais as circunstâncias, bem demonstra a esmerada petição que, para fins de aplicação do art. 89 da Lei 9.00/95, a pena mínima a ser considerada é a de multa que, em tese, pode ser a única a ser aplicada. [...]
> 6. Tal o quadro, resulta caracterizado o constrangimento ilegal decorrente do ato do Procurador-Geral de Justiça que, incorretamente, afirmou a impossibilidade jurídica da suspensão condicional do processo.
> 7. Isso posto, retificando a manifestação anterior, opino pelo deferimento da ordem, com extensão de ofício ao co-réu, para que, reconhecida em tese a possibilidade de suspensão condicional do processo, cuja proposta foi indevidamente recusada, gerando ameaça à liberdade do paciente, retornem os autos ao Ministério Público estadual para manifestação fundamentada do Promotor de Justiça sobre a oportunidade ou não da proposta de suspensão do processo (f. 323-325).
>
> É o relatório.

Voto

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 555

O Senhor Ministro Cezar Peluso (*Relator*) - 1. Para a suspensão condicional do processo, a Lei n° 9.099/95 exige que a infração imputada ao réu tenha mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano.

Entendo que entra no âmbito de admissibilidade da suspensão condicional a imputação de delito que comine pena de multa de forma alternativa à privativa de liberdade, ainda que esta tenha limite mínimo superior a 1 (um) ano.

Nesses casos, a pena mínima cominada, parece-me óbvio, é a de multa, em tudo e por tudo, menor em escala e menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito. É o que se tira ao artigo 32 do Código Penal, onde as penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa são capituladas na ordem decrescente de gravidade.

Por isso, se prevista, alternativamente, pena de multa, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para admissibilidade de suspensão condicional do processo.

É o que convém ao caso.

A denúncia oferecida contra o paciente e seu co-réu, José Hercílio Cabral, imputa-lhes a prática do delito descrito no art. 7°, inc. IX, da Lei n° 8.137/90, assim tipificado:

> Art. 7°. Constitui crime contra as relações de consumo: [...]
> IX – vender, ter em depósito, para vender ou expor à venda, ou de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.
> Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, *ou multa* (grifos nossos).

Não discuto a desproporcionalidade entre as penas cominadas e as condutas previstas no art. 7° da Lei n° 8.137/90.

O fato é que, contemplada, de forma alternativa, a aplicação exclusiva da pena de multa, abre-se ao acusado a possibilidade de suspensão condicional do processo. É, aliás, o que sustentam os idealizadores da Lei:

> Nas hipóteses em que penas diversas vêm cominadas alternativamente (prisão mínima acima de um ano ou multa, *ad exemplum*, arts. 4°, 5° e 7° da Lei 8.137/90), nos parece muito evidente o cabimento da suspensão do processo, pela seguinte razão: a pena mínima cominada é a de multa. Se a lei (art. 89) autoriza a suspensão condicional do processo em caso de pena privativa de liberdade mínima até um ano, *a fortiori*, conclui-se que, quando a pena mínima cominada é a multa, também cabe tal instituto. Pouco importa que a multa seja, no caso, alternativa. Se o legislador previu tal pena como alternativa possível é porque, no seu entender, o delito não é daqueles que necessariamente devam ser punidos com pena de prisão. Se, para os efeitos de prevenção geral, contentou-se a lei, em nível de cominação abstrata, com a multa alternativa, é porque, conforme seu entendimento, não se trata de delito de alta reprovabilidade. Sendo assim, entra no amplo espectro da sua nova política criminal de priorizar a ressocialização do infrator por outras vias, que não a prisional. Na essência da suspensão condicional, ademais, outros interesses estão presentes: reparação da vítima, desburocratização da Justiça etc. Para os crimes de média gravidade (e dentro desse conceito entram evidentemente os delitos punidos em abstrato com pena – alternativa – de prisão ou multa) a resposta estatal adequada é a de que acaba de ser descrita. (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 255-256).

Ante o exposto, concedo a ordem, para que o representante do Ministério Público estadual estime se o paciente, bem como o co-réu José Hercílio Cabral, preenchem, ou não, os demais requisitos necessários à suspensão condicional do processo, formulando-lhes proposta, se seja o caso. A ordem é de ofício estendida ao co-réu.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de *habeas corpus* e estendeu,

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 556

de ofício, a ordem ao co-réu, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Cláudio Costa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. 2ª Turma, 07.08.2007.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 14.09.2007.)

-:::-

HABEAS CORPUS - CRIME DE PECULATO-FURTO (§ 1º DO ART. 312 DO CP) - FUNCIONÁRIO PÚBLICO - CONDIÇÃO ELEMENTAR DO TIPO - COMUNICAÇÃO AO PARTICULAR, CO-AUTOR DO DELITO (ART. 30 DO CP) - PRESCRIÇÃO ANTECIPADA: IMPOSSIBILIDADE

- O particular pode figurar como co-autor do crime descrito no § 1º do art. 312 do Código Penal (Peculato-furto). Isto porque, nos termos do artigo 30 do CP, "não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime".

- Se a condição de funcionário público é elementar do tipo descrito no artigo 312 do Código Penal, esta é de se comunicar ao co-autor (particular), desde que ciente este da condição funcional do autor. Precedentes: _HC_ 74.588, Relator o Ministro Ilmar Galvão; e _HC_ 70.610, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

- A firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal repele a alegação de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Precedentes: _HC_ 88.087, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence; _HC_ 82.155, Relatora a Ministra Ellen Gracie; _HC_ 83.458 e R_HC_ 86.950. Relator o Ministro Joaquim Barbosa; R_HC_ 76.153, Relator o Ministro Ilmar Galvão; entre outros.

- _Habeas corpus_ indeferido.

HABEAS CORPUS Nº 90.337-1/SP - Relator: Ministro CARLOS BRITTO

Paciente: Vagner Sarro. Impetrante: Cláudio A. Salgado. Coatores: Juiz de Direito da 11ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo; Relator do *HC* nº 37.568 do Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília-DF, 19 de junho de 2007. - *Carlos Ayres Britto* - Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Carlos Ayres Britto (*Relator*) - Cuida-se de *habeas corpus*, impetrado contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Decisão que, ao denegar a ordem ali impetrada, afastou a ocorrência de prescrição antecipada (ou em perspectiva) e entendeu que o particular (comerciante) pode ser co-autor do crime de peculato (§ 1º do art. 312, combinado com o art. 30 do CP).

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 557

2. Pois bem, o impetrante sustenta não haver justa causa para a acusação de peculato contra o paciente, por absoluta ausência de provas. Argumenta que a empresa administrada pelo paciente ainda vende mercadorias à Sabesp, a demonstrar, portanto, que, se houvesse alguma ilegalidade nos procedimentos de venda, a referida sociedade sofreria descredenciamento. O que não aconteceu.

3. Por outra volta, argúi o impetrante a ocorrência da prescrição em perspectiva. Informa que os fatos narrados na denúncia ocorreram em maio de 1999 e o inquérito que visava à apuração desses mesmos fatos tramitou durante mais de quatro anos e quatro meses. Aduz que a pena mínima, cominada em abstrato pelo crime de peculato é de 2 (dois) anos de reclusão, podendo chegar ao máximo de 12 (doze) anos, e multa.

4. Diante disso, entende que eventual sentença penal condenatória resultaria em pena máxima de 2 (dois) anos. Isto porque seria necessariamente descartado o crime continuado (art. 71 do CP) e também porque o acusado é primário, desempenha trabalho lícito no mesmo local há mais de 20 anos, tem residência fixa, possuindo família constituída (f. 13).

5. Presentes estas considerações, pontua a defesa pela aplicação do inciso V do art. 109 do Código Penal brasileiro. Dispositivo que estabelece o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, quando a pena é de, no máximo, um ano, e não excede a dois anos. Período de tempo (ou seja, de 4 anos) que já se escoou, considerada a data dos fatos e o recebimento da denúncia. Pelo que requer a extinção da punibilidade pela prescrição antecipada da pretensão punitiva estatal.

6. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do *writ.*

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Carlos Ayres Britto (*Relator*) - De saída, leio trechos da denúncia (f. 16/31):

(...)
Consta nos inclusos autos de inquérito policial que, no período entre os meses de maio e dezembro de 1999, conforme a seguir será explicitado, nesta Capital, o denunciado Marcelo Adriano Ferreira, funcionário público lotado no departamento de compras da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp, adrede concertado e agindo em concurso com os demais denunciados, subtraíram em proveito próprio e/ou alheio, as importâncias em dinheiro adiante especificadas, valendo-se o primeiro da facilidade que lhe proporcionava a qualidade de funcionário.
Apurou-se que o denunciado Marcelo Adriano Ferreira era um dos integrantes do departamento de compras da Sabesp, sendo que, nos termos da lei, estava autorizado a empreender compras até o valor de R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), solicitando, via fac-símile, pelo menos três orçamentos relativos ao produto a ser adquirido.
Valendo-se dessa liberdade, Marcelo Adriano, malgrado não tivesse a posse do dinheiro da empresa pública que servia, teve a idéia de subtraí-lo dos cofres da Sabesp valendo-se das facilidades proporcionadas pelo seu cargo.
Para tanto, irmanou-se a vários comerciantes desta Capital, aos quais propôs a fraude nos seguintes termos: os comerciantes encaminhariam à Sabesp propostas com os preços dos produtos superavaliados em até 2.250% (como aconteceu, por exemplo, na compra de escovas com cerdas de aço), sendo que haveria um rodízio de supostos vendedores e, posteriormente, o numerário atinente ao superfaturamento da mercadoria seria rateado entre Marcelo Adriano e o fictício vencedor da cotação de preços encenada. A negociata foi prontamente aceita pelos comerciantes denunciados.
Assim, pondo o plano em execução, Marcelo Adriano contactava os comerciantes envolvidos e lhes passava os preços que deveriam informar por meio de fac-símile, preços esses muito superiores àqueles cotados, não raras vezes, pelas mesmas empresas envolvidas, e consignados no Sistema Gerenciador de Licitações (SGL), que era uma espécie de lista de preços dos produtos rotineiramente adquiridos pela estatal e que deveria servir de parâmetro nas compras a serem empreendidas, como se vê em f. 448/478.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 558

> Outrossim, valendo-se da confiança que lhe era depositada pelos superiores hierárquicos, mesmo porque Marcelo Adriano gozava da reputação de ser um bom comprador, não teve problemas em encaminhar os processos de compras fraudulentos, ao final obtendo êxito na conclusão das aquisições e conseqüente liberação do numerário e subtração do dinheiro resultado da superavaliação das mercadorias.
> (...)
> Consigne-se que as subtrações fraudulentas somente foram descobertas, porque, no mês de dezembro de 1999, um *office boy* de uma das empresas envolvidas, insistentemente, pretendia entregar ao funcionário público Marcelo Adriano, em mãos, um envelope fechado, sendo que, em virtude da insistência de outro funcionário em receber e encaminhar o envelope àquele denunciado, o mensageiro acabou revelando que se tratava de um cheque, motivo porque tinha ordens para entregar o envelope apenas ao funcionário denunciado...
> (...)
> Ante o exposto, denuncia, como incursos no artigo 312, § 1º, combinado com os artigos 29 e 30, todos do Código Penal: Marcelo Adriano Ferreira (47 vezes, uma delas tentada), (...) Vagner Sarro [ora paciente] (10 vezes) (...), para que se instaure a ação penal...

8. Presente esta moldura, tenho que não há nenhum constrangimento ilegal a sanar. É que, em linha de princípio, o particular pode, sim, figurar como co-autor do crime descrito no § 1º do art. 312 do Código Penal (Peculato-furto). Nos termos do artigo 30 do CP, "não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime".

9. Ora bem, se a condição de funcionário público é elementar do tipo descrito no artigo 312 do Código Penal, tal condição é de "comunicar-se ao co-autor ou partícipe, desde que ele tenha conhecimento daquela condição pessoal do autor" (Celso Delmanto. *Código Penal comentado*, 6ª edição. Editora Renovar, página 66). Cumprindo referir que, no caso, não há dúvida de que o paciente tinha plena ciência da função pública exercida pelo co-denunciado (Ilação que não é contestada pela defesa e que também é corroborada pela denúncia de f. 16/31. Denúncia que descreve, minudentemente, a participação da empresa Galassi Ltda. [que é administrada pelo paciente] em dez operações de venda de mercadorias superfaturadas).

10. Assentadas tais premissas, pontuo que esse entendimento já foi perfilhado por esta Primeira Turma (*HC* 74.588 - Relator o Ministro Ilmar Galvão), ao decidir que "cometem peculato o serventuário e o co-autor, mesmo que não tenha este a qualidade de funcionário público, que se apropria indevidamente do dinheiro recolhido a título de depósito judicial mediante falsificação de alvarás...". Nessa mesma linha, foi que se decidiu no *HC* 70.610, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Oportunidade em que, frente à acusação do crime de peculato, deve haver "comunicação ao co-autor particular da condição de funcionário público para efeitos penais do *intraneus*, elementar do tipo Cpen., art. 30)".

11. Por outra volta, acentuo a inocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado. Isto porque a pena máxima cominada em abstrato para o crime de estelionato é de 12 anos, a significar um prazo prescricional de 16 (dezesseis) anos, nos termos do inciso II do art. 109 do CP. Prazo, esse, que ainda não se escoou, dado que os fatos imputados ao paciente datam do ano de 1999. Mais: conforme assentou o Superior Tribunal de Justiça, "a afirmação de que o prazo prescricional será de 2 (dois), se a pena que o regula ainda não foi estabelecida, não passa de mera especulação" (f. 57).

12. Não bastasse, averbo que a jurisprudência desta colenda Corte repele a alegação de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Refiro-me, a título de amostragem, aos seguintes precedentes: *HC* 88.087, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence; *HC* 82.155, Relatora a Ministra Ellen Gracie; *HC* 83.458 e R*HC* 86.950, Relator o Ministro Joaquim Barbosa; R*HC* 76.153, Relator o Ministro Ilmar Galvão; entre outros.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 559

13. Por tudo quanto posto, acolho o parecer ministerial público e indefiro a ordem.

14. É como voto.

Extrato de ata

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. 1ª Turma, 19.06.2007.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Ricardo Dias Duarte - p/ Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 06.09.2007.)

-:::-

1. Agravo regimental em agravo de instrumento.

2. Juizados Especiais. Competência. Complexidade da causa. Matéria restrita ao âmbito de legislação infraconstitucional. Precedentes.

3. Juizados Especiais. Competência. Alegação de interesse da União. Motivo insuficiente para deslocamento da competência. Precedente.

4. Conta telefônica. Cobrança. Pulsos excedentes. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa.

5. Art. 93, IX, da Constituição. Ofensa não configurada. Decisão devidamente fundamentada.

6. Aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Caráter infundado do recurso. Posicionamento pacífico da Corte.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 631.223-7/RJ - Relator: Ministro GILMAR MENDES

Agravante: Telemar Norte Leste S.A. Advogados: Ana Tereza Palhares Basílio e outros. Agravado: Rodrigo Terra.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo, com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa.

Brasília-DF, 24 de abril de 2007. - *Gilmar Mendes* - Presidente e Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (*Relator*) - Ao apreciar o AI 631.223, proferi a seguinte decisão (f. 279-281):

> Decisão: Trata-se de agravo contra decisão que negou processamento a recurso extraordinário fundado no art. 102, III, 'a', da Constituição Federal, interposto em face de acórdão que manteve a sentença a qual condenou a agravante a se abster de cobrar os pulsos telefônicos excedentes sem a devida discriminação.
> Alega-se violação aos artigos 2°, 5°, LIII, LIV, LV, 21, XI, 37, XXI, 93, IX, 98, I, e 109, I, da Carta Magna.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 560

Sobre a preliminar de competência da Justiça Federal (artigos 5°, LIII, 98, I e 109, I, da CF), verifica-se que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Carta a qual, no julgamento do AgRAI 388.982, Rel. Carlos Velloso, 2ª T., *DJ* 25.10.02, firmou o seguinte entendimento:

'Ementa: Constitucional. Recurso extraordinário. Concessionária de serviço público. Competência: artigo 109, I, da C.F.

I. Não havendo interesse jurídico da União Federal no feito, a competência é da justiça estadual.

II. Precedentes.

III. Agravo não provido.'

Nesse sentido, monocraticamente, AI 561.733, Rel. Joaquim Barbosa, *DJ* 03.11.05, e RE 432.147, Rel. Carlos Britto, *DJ* 13.09.05.

No que concerne à alegada ofensa ao artigo 5°, LIV e LV, da Constituição Federal, verifica-se que esta Corte firmou entendimento segundo o qual, em regra, a análise da ofensa aos princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal ensejaria o exame da legislação infraconstitucional, *v.g.*, o AgRAI 360.265, Rel. Celso de Mello, 2ª T., *DJ* 20.09.02, assim ementado, no que interessa:

'Ementa: Agravo de instrumento - Alegação de ofensa ao postulado da motivação dos atos decisórios - Inocorrência - Ausência de ofensa direta à Constituição - Recurso improvido.

O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes.'

Quanto à violação ao artigo 21, XI, da Constituição Federal, as competências previstas no citado artigo têm alcance administrativo e legislativo, de modo que parece pouco plausível a invasão das aludidas competências, por parte do Poder Judiciário.

Dada a natureza do Poder Judiciário, à luz da concepção da tripartição dos poderes, em regra, não é possível verificar decisão de órgão colegiado ou juiz que possa invadir o conjunto de competências desenhado nos artigos 21 e 22 da Constituição Federal. E ainda se assim o fosse, o Judiciário estaria aplicando, e não criando regra jurídica, pelo que, em princípio, seria incompatível com a dinâmica da vida normativa a alegação de que o Judiciário estaria invadindo competência normativa reservada à União.

Ressalte-se, ainda, que a controvérsia está restrita ao âmbito da legislação infraconstitucional.

A ofensa à Constituição Federal, se existente, seria reflexa. Nesse sentido, monocraticamente, o AI 505.480, Rel. Carlos Velloso, *DJ* 09.08.04, o AI 453.916, Rel. Marco Aurélio, 23.04.04 e o AgRAI 486.582, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.04.04.

Por fim, o acórdão recorrido encontra-se devidamente fundamentado. Ademais, a decisão que nega acolhida à tese jurídica desenvolvida pela parte recorrente não configura negativa de prestação jurisdicional, conforme já decidido por esta Corte no AgRRE 345.845, 2ª T., Rel. Carlos Velloso, *DJ* 11.10.02; e o RE 140.370, 1ª T., Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* 21.05.93, assim ementado:

'Sentença: exigência constitucional de fundamentação: inteligência.

O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional.'

Assim, nego seguimento ao recurso (art. 557, *caput*, do CPC).

A agravante, Telemar Norte Leste S.A., interpôs agravo regimental de f. 284-296, no qual sustenta:

> 8. Com efeito, a r. decisão contra a qual foi interposto o recurso extraordinário foi deferida em ação na qual a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel não figurou no pólo passivo, embora tenha estabelecido a forma de discriminação dos pulsos que deve ser adotada, e que teve curso perante Juizado Especial Cível, embora absolutamente incompetente. Ademais, o processo judicial perante Juizado Especial Cível a que foi submetida a recorrente possui procedimento absolutamente inadequado para resolver a lide, manifestamente complexa e incompatível com as restrições de índole

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 561

processual previstas na Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995.
(...)
13. O primeiro dispositivo constitucional violado pelo acórdão recorrido a merecer destaque é o art. 109, I, da Constituição Federal, que fixa a competência dos juízes federais, *verbis*: 'Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho'
14. É inegável que o acórdão recorrido afronta diretamente o dispositivo constitucional transcrito. Isso porque o agravado, na verdade, insurge-se contra as normas expedidas pela Anatel e o contrato de concessão que ela celebrou, por delegação da União Federal com a recorrente, o qual estabelece a forma de discriminação dos pulsos que deve ser adotada, conforme o modelo tarifário do setor de telecomunicações, idealizado pelo Governo Federal.
(...)
19. Ressalte-se que a competência da Agência Reguladora deriva de atribuição normativa delegada diretamente pela União, *ex vi* do art. 21, inciso XI, da Constituição Federal, que prevê expressamente que: 'Compete à União explorar, diretamente ou mediante Autorização, Concessão ou Permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da Lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.'
(...)
23. Somente a Anatel, portanto, tem competência para estruturar e ditar os procedimentos que deverão ser adotados, em todo País, no exercício da atividade de telecomunicações, competência esta que lhe foi delegada pela União Federal. Daí o seu já declarado interesse jurídico nessa e em todas as demandas que envolvam a discriminação de pulsos excedentes (f. 155/159). Afinal, trata-se de matéria regulada e prevista em diversos atos normativos da agência reguladora.
(...)
36. A competência dos Juizados Especiais Cíveis é limitada constitucionalmente e como previsto no art. 3° da Lei n° 9.099/95, haja vista que a simplificação do procedimento do Juizado não se compatibiliza com a complexidade de certos conflitos que exigem, para um melhor resguardo do direito, maior aprofundamento, com produção de outras provas, além daquelas que a simplificação e a celeridade permitem. Em outras palavras, os Juizados Especiais Cíveis são incompetentes para processar e julgar causas cíveis de maior complexidade, que dependam, para o seu julgamento, de complexa dilação probatória, incompatível com o rito sumário e simplificado dos processos que perante eles tramitam.
(...)
40. É inegável, portanto, que o julgamento desta demanda pela e. Segunda Turma Recursal do Rio de Janeiro consistiu em violação dos princípios constitucionais da ampla defesa (art. 5°, LV, CF) e do devido processo legal (art. 5°, LIV, CF) e da norma prevista no art. 98, I, da Carta Política, do que decorre a inafastável nulidade do processo.
(...)
42. O v. acórdão recorrido, ao confirmar decisão que altera a forma de prestação do serviço de telefonia fixa, porque modifica a estrutura de detalhamento de pulsos idealizada pela Anatel, também interferiu no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço de telefonia fixa celebrado entre a Anatel e a recorrente e, por conseguinte, violou diretamente o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que assegura a sua intangibilidade.
(...)
50. O v. acórdão de fls. 121, que confirmou a r. sentença de primeiro grau, ao contrário do que se afirmou na r. decisão ora agravada, violou frontalmente o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, já que não apresentou a mais mínima fundamentação para justificar o não provimento do recurso.
51. Limitou-se o v. Acórdão a manter a r. sentença recorrida 'por seus próprios fundamentos', sem enfrentar o mérito da causa e o que é mais relevante, sem apreciar nenhum dos argumentos lançados no recurso que julgou.

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (*Relator*) - Verifica-se que a agravante não conseguiu demonstrar o desacerto da decisão agravada. Repisou, tão-somente, os argumentos do recurso extraordinário.

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 562

Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a simples alegação de suposto interesse da União no feito, não atrai a competência da Justiça Federal. Nesse sentido, o AgRAI 596.560, 2ª T., Rel. Eros Grau, *DJ* 24.11.06, assim ementado:

> Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Concessionária de serviço público. Competência: art. 109, I, da CB. Prequestionamento. Inexistência. Matéria infraconstitucional. Ofensa indireta.
> 1. Não havendo interesse jurídico da União no feito, a competência é da justiça estadual.
> 2. O Tribunal *a quo* não se manifestou explicitamente sobre os temas constitucionais tidos por violados. Incidência dos óbices das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.
> 3. Controvérsia decidida à luz de legislação infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição do Brasil.
> 4. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição.
> Agravo regimental a que se nega provimento.

Afirmou, ainda, que o critério de identificação da complexidade da causa para a definição da competência dos Juizados Especiais está restrito ao âmbito da legislação infraconstitucional. Nesse sentido, *v.g.*, o AgRAI 410.306, 2ª T., por mim relatado, *DJ* 19.02.03; e o AgRAI 393.611, 1ª T., Rel. Ellen Gracie, *DJ* 08.11.02, assim ementado:

> 1. A análise do recurso extraordinário envolveria apreciação de legislação ordinária e a discussão em torno do reexame do julgamento dos embargos de declaração reside no âmbito processual.
> 2. Agravo regimental improvido.

Ademais, a decisão recorrida não divergiu da orientação firmada por ambas as Turmas deste Corte segundo a qual o exame da controvérsia demandaria o exame da legislação infraconstitucional. A ofensa à Constituição Federal, se existente, seria reflexa. Nesse sentido, o AgRAI 556.935, 1ª T., Rel. Cezar Peluso, *DJ* 22.06.05, e o AgRAI 539.391, 2ª T., Rel. Joaquim Barbosa, *DJ* 24.05.05, assim ementado:

> Ementa: Agravo regimental. Serviços de telefonia. Detalhamento da cobrança dos pulsos excedentes nas faturas de consumo.
> Alegação de violação direta e frontal dos arts. 2° e 5°, II, LIV, LV, da Constituição Federal.
> Necessidade de exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade ao Texto Maior.
> Caracterização de ofensa reflexa ou indireta.
> Agravo regimental a que se nega provimento.

Ressalta-se que o acórdão recorrido encontra-se devidamente fundamentado. Ademais, a decisão que nega acolhida à tese jurídica desenvolvida pela parte recorrente não configura negativa de prestação jurisdicional, conforme já decidido por esta Corte no AgRE 345.845, 2ª T., Rel. Carlos Velloso, *DJ* 11.10.02; e o RE 140.370, 1ª T., Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* 21.05.93, assim ementado:

> Sentença: exigência constitucional de fundamentação: inteligência.
> O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional.

Assim, nego provimento ao agravo regimental e aplico multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 557, § 2°, do CPC, tendo em vista o caráter nitidamente inadmissível e infundado do presente recurso, em face do posicionamento pacífico da Corte sobre a matéria.

Extrato de ata

Decisão: Negado provimento ao agravo, com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 563

Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma. 24.04.2007.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Procurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 25.05.2007.)

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 564

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 565

ÍNDICE NUMÉRICO

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

NÚMERO	ESPÉCIE	COMARCA	RELATOR/DES.	PÁG.
CORTE SUPERIOR				
1.0000.06.445228-7/000	Mand. Seg.	Belo Horizonte	Jarbas Ladeira	41
1.0000.06.447437-2/000	Inc.Inconst.	Belo Horizonte	Cláudio Costa	43
1.0000.07.449458-4/000	Inc.Inconst.	Contagem	Reynaldo Ximenes Carneiro	37
1.0000.06.444658-6/000	Mand. Seg.	Cons. Lafaiete	Cláudio Costa	38
JURISPRUDÊNCIA CÍVEL				
NÚMERO	**ESPÉCIE**	**COMARCA**	**RELATOR/DES.**	**PÁG.**
1.0000.06.443869-0/000	Mand. Seg.	Belo Horizonte	Albergaria Costa	349
1.0024.01.111446-9/001	Ap.Cível/ReexNec.	Belo Horizonte	Edgard Penna Amorim	299
1.0024.01.586792-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Alvim Soares	387
1.0024.02.683530-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	José Antônio Braga	390
1.0024.02.801019-7/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Mauro Soares de Freitas	201
1.0024.03.184192-7/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Kildare Carvalho	159
1.0024.04.333676-7/003	Ap.Cível	Belo Horizonte	Audebert Delage	178
1.0024.04.392925-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	José Domingues F. Esteves	61
1.0024.04.436403-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Evangelina Castilho Duarte	341
1.0024.04.507713-8/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Otávio Portes	185
1.0024.04.532310-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Pedro Bernardes	189
1.0024.04.540478-7/003	Emb.Infring.	Belo Horizonte	Marcelo Rodrigues	378
1.0024.05.573142-6/001	Reex.Nec.	Belo Horizonte	Célio César Paduani	55
1.0024.05.626467-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Saldanha da Fonseca	196
1.0024.05.738333-3/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Cláudia Maia	63
1.0024.05.826969-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Teresa Cristina da C. Peixoto	204
1.0024.05.827236-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Bitencourt Marcondes	209
1.0024.05.848678-8/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Almeida Melo	392
1.0024.05.860082-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Generoso Filho	399
1.0024.05.879823-2/001	Ap.Cível/ReexNec.	Belo Horizonte	Fernando Bráulio	67
1.0024.05.889233-2/002	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Manuel Saramago	401
1.0024.06.002788-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	D. Viçoso Rodrigues	229
1.0024.06.024105-6/001	Agravo	Belo Horizonte	Lucas Pereira	260
1.0024.06.059494-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Tarcísio Martins Costa	275
1.0024.06.061898-0/002	Agravo	Belo Horizonte	Renato Martins Jacob	120
1.0024.06.073260-9/001	Ap.Cível/ReexNec.	Belo Horizonte	Maria Elza	285
1.0024.06.091097-3/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Márcia De Paoli Balbino	294
1.0024.06.148025-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Geraldo Augusto	154
1.0024.06.266760-5/001	Agravo	Belo Horizonte	Belizário de Lacerda	169
1.0024.06.278635-5/001	Agravo	Belo Horizonte	Maurício Barros	173
1.0024.06.930324-6/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Heloísa Combat	403

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 566

1.0024.06.931260-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Fernando Caldeira Brant	411
1.0024.07.464188-7/002	Agravo	Belo Horizonte	Selma Marques	368
1.0027.05.065979-9/001	Ap.Cível	Betim	Eduardo Mariné da Cunha	131
1.0035.03.029929-7/001	Ap.Cível	Araguari	Guilherme Luciano Baeta Nunes	103
1.0035.05.054077-8/001	Ap.Cível	Araguari	Dídimo Inocêncio de Paula	51
1.0079.05.197727-4/001	Ap.Cível	Contagem	Nilson Reis	163
1.0081.04.000712-2/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Bonfim	Ernane Fidélis	68
1.0114.05.059290-5/001	Ap.Cível	Ibirité	Hilda Teixeira da Costa	116
1.0123.06.015680-9/001	Agravo	Capelinha	Maurílio Gabriel	253
1.0145.03.062723-9/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Alberto Aluízio Pacheco de Andrade	126
1.0145.03.095768-5/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Eulina do Carmo Almeida	152
1.0145.05.250304-5/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Elpídio Donizetti	327
1.0145.06.307435-8/001	Reex.Nec.	Juiz de Fora	Caetano Levi Lopes	175
1.0145.06.327503-9/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Fernando Starling	338
1.0177.04.001049-4/001	Ap.Cível	Conc. Rio Verde	Fábio Maia Viani	218
1.0183.06.120771-2/001	Agravo	Cons. Lafaiete	Wander Marotta	307
1.0188.06.050134-6/001	Agravo	Nova Lima	Eduardo Andrade	110
1.0342.07.087867-9/001	Ap.Cível	Ituiutaba	Osmando Almeida	138
1.0382.03.029172-0/001	Ap.Cível	Lavras	Francisco Figueiredo	49
1.0390.05.011845-9/001	Reex.Nec.	Machado	Vanessa Verdolim Hudson Andrade	416
1.0407.04.006436-9/001	Ap.Cível	Mateus Leme	Isalino Lisbôa	75
1.0421.06.000867-7/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Miradouro	Dorival Guimarães Pereira	214
1.0431.04.011976-7/001	Ap.Cível	Monte Carmelo	Elias Camilo	243
1.0433.05.153826-5/001	Ap.Cível	Montes Claros	Armando Freire	156
1.0433.05.170168-1/001	Ap.Cível	Montes Claros	Luciano Pinto	311
1.0439.02.009198-9/001	Agravo	Muriaé	Silas Vieira	80
1.0441.05.004398-9/001	Ap.Cível	Muzambinho	Unias Silva	71
1.0481.03.024015-6/001	Ap.Cível	Patrocínio	José Flávio de Almeida	99
1.0481.06.054001-2/001	Agravo	Patrocínio	José Affonso da Costa Côrtes	113
1.0508.06.001559-3/001	Ap.Cível	Piranga	Alvimar de Ávila	93
1.0525.05.071978-6/001	Ap.Cível	Pouso Alegre	Nepomuceno Silva	135
1.0534.06.005741-9/001	Ap.Cível	Pres. Olegário	Cabral da Silva	236
1.0534.06.006567-7/001	Agravo	Pres. Olegário	Nicolau Masselli	413
1.0569.06.007763-7/001	Reex.Nec.	Sacramento	Edilson Fernandes	77
1.0596.06.036174-5/002	Ap.Cível	S.Rita do. Sapucaí	Duarte de Paula	267
1.0620.03.001766-4/001	Ap.Cível	S.Gonç.do Sapucaí	Dárcio Lopardi Mendes	224
1.0620.05.012829-2/001	Ap.Cível	S.Gonç.do Sapucaí	Mota e Silva	86
1.0621.03.003394-1/001	Agravo	São Gotardo	Roney Oliveira	70
1.0625.03.025798-8/001	Ap.Cível	São João Del-Rei	Batista de Abreu	265
1.0637.05.032786-4/001	Ap.Cível	São Lourenço	Alberto Vilas Boas	104
1.0647.06.062393-9/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	S.Seb.do Paraíso	Brandão Teixeira	122
1.0671.06.500023-2/001	Ap.Cível	Serro	Jarbas Ladeira	376
1.0672.02.080641-6/001	Ap.Cível	Sete Lagoas	Schalcher Ventura	58
1.0672.05.187858-1/002	Ap.Cível	Sete Lagoas	Edivaldo George dos Santos	314
1.0699.05.046070-7/001	Ap.Cível	Ubá	Antônio Sérvulo	106
1.0701.04.071281-5/001	Agravo	Uberaba	Irmar Ferreira Campos	282
1.0701.04.091717-4/001	Ap.Cível	Uberaba	Antônio de Pádua	144
1.0702.01.008576-0/001	Ap.Cível	Uberlândia	Francisco Kupidlowski	239

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 567

1.0702.01.012200-1/001	Ap.Cível	Uberlândia	Domingos Coelho	.248
1.0702.05.228444-6/005	Ap.Cível	Uberlândia	Nilo Lacerda	.318
1.0702.05.241806-9/001	Ap.Cível	Uberlândia	Afrânio Vilela	.324
1.0702.05.262673-7/001	Ap.Cível	Uberlândia	Adilson Lamounier	.166
1.0707.01.044481-8/001	Ap.Cível	Varginha	Pereira da Silva	.272
1.0707.03.069450-9/001	Ap.Cível	Varginha	Wagner Wilson	.279
1.0710.06.012921-4/001	Ap.Cível	Vazante	Moreira Diniz	.89
1.0720.05.022888-4/001	Ap.Cível	Visc.do Rio Branco	Roberto Borges de Oliveira	.255
2.0000.00.476052-7/000	Ap.Cível	Patrocínio	José Amancio	.371
2.0000.00.485864-6/000	Ap.Cível	Pouso Alegre	Sebastião Pereira de Souza	.374
2.0000.00.495128-8/000	Ap.Cível	Belo Horizonte	Valdez Leite Machado	.182

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

1.0000.06.439219-4/001	Rec.de Agravo	Contagem	Hyparco Immesi	.510
1.0000.07.451429-0/000	*Habeas corpus*	Contagem	Maria Celeste Porto	.513
1.0024.02.686741-6/002	Ap.Crim.	Belo Horizonte	Márcia Milanez	.516
1.0024.04.306592-9/001	Ap.Crim.	Belo Horizonte	Delmival de Almeida Campos	.504
1.0024.98.148420-7/001	Ap.Crim.	Belo Horizonte	Sérgio Resende	.427
1.0073.04.015289-1/001	Ap.Crim.	Bocaiúva	Ediwal José de Morais	428
1.0079.01.023957-6/002	Ap.Crim.	Contagem	Jane Silva	.447
1.0079.06.266244-4/001	Rec.Sent.Estr.	Contagem	Antônio Carlos Cruvinel	.497
1.0105.01.024128-6/001	Ap.Crim.	Gov. Valadares	Alexandre Victor de Carvalho	451
1.0141.06.900002-6/001	Ap.Crim.	Carmo de Minas	William Silvestrini	.521
1.0145.06.331071-1/001	Ap.Crim.	Juiz de Fora	Hélcio Valentim	.508
1.0209.02.019480-6/001	Ap.Crim.	Curvelo	Vieira de Brito	.431
1.0223.04.157245-2/001	Ap.Crim.	Divinópolis	Antônio Armando dos Anjos	492
1.0231.06.054586-1/001	Ap.Crim.	Rib.das Neves	Eduardo Brum	.480
1.0261.04.023691-9/001	Ap.Crim.	Formiga	Eli Lucas de Mendonça	444
1.0362.02.018142-0/002	Ap.Crim.	João Monlevade	Beatriz Pinheiro Caires	.423
1.0433.04.127882-4/001	Ap.Crim.	Montes Claros	Walter Pinto da Rocha	.489
1.0499.06.999867-6/001	Ap.Crim.	Perdões	Pedro Vergara	.528
1.0624.06.009619-2/001	Ap.Crim.	S.João da Ponte	Paulo Cézar Dias	.419
1.0696.06.025161-3/001	Ap.Crim.	Tupaciguara	Judimar Biber	.457
1.0702.00.021053-5/001	Ap.Crim.	Uberlândia	Sérgio Braga	.436
1.0702.01.029982-5/001	Ap.Crim.	Uberlândia	Herculano Rodrigues	.466
1.0702.05.233941-4/001	Ap.Crim.	Uberlândia	Edelberto Santiago	.439
1.0702.06.278004-5/001	Ap.Crim.	Uberlândia	José Antonino Baía Borges	.502
1.0704.05.031025-6/001	Ap.Crim.	Unaí	Reynaldo Ximenes Carneiro	.475

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÚMERO-UF	**ESPÉCIE**	**RELATOR: MINISTRO**	**PÁG.**
74.451-RJ	*HC*	Laurita Vaz	.531
272.781-ES	REsp	Maria Thereza de Assis Moura	.535

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 568

400.767-SP	REsp	Aldir Passarinho Junior	.541
923.742-RJ	REsp	Teori Albino Zavascki	.545

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MINISTRO	PÁG.
83.926-6/RJ	*HC*	Cezar Peluso	.553
90.337-1/SP	*HC*	Carlos Britto	.556
631.223-7/RJ	Agr.Reg.no Agr. de Instr.	Gilmar Mendes	.559
636.814-3/DF	Agr.Reg.no Agr. de Instr.	Eros Grau	.551

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 569

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

-A -

ABACTO - Vide abigeato

ABIGEATO
Apropriação indébita - Receptação - Quadrilha - Crime continuado - Concurso material - Materialidade - Autoria - Laudo pericial - Requisito - Princípio do livre convencimento - Valoração da prova - Condenação - Furto qualificado - Causa de aumento de pena - Repouso noturno - Inaplicabilidade . . .466

ABORTO EUGÊNICO
Má-formação do feto - Sobrevivência extra-uterina - Inviabilidade - Constatação médica - Interrupção da gravidez - Possibilidade - Autorização judicial - Procedência do pedido 138

ABSOLVIÇÃO
Crime contra o meio ambiente - Pesca predatória - Autoria - Norma penal em branco - Sisnama - Área interditada - Ausência de documento - Testemunha - Prova indiciária - Princípio *in dubio pro reo* 528

Falsificação de documento público - Prova - Ausência de laudo pericial - Absolvição . .427

Receptação qualificada - Furto - Corrupção de menores - Posse irregular de arma de fogo - Prova indiciária - Princípio *in dubio pro reo* 475

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA
Inadmissibilidade - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Emboscada - Denúncia - Requisitos - Inépcia - Não-caracterização - Materialidade - Exame de corpo de delito - Autoria - Prova indiciária - Pronúncia - Juízo de admissibilidade - *In dubio pro societate* 497

ABUSO DE PODER
Câmara Municipal - Vereador - Fiscalização - Documento público - Impedimento de acesso - Ilegalidade 416

AÇÃO ANULATÓRIA
Compra e venda - Imóvel - Fração ideal de condomínio - Bem indivisível - Alienação - Notificação do condômino - Obrigatoriedade - Art. 504 do CC - Direito de preferência - Depósito do preço - Anulação do negócio 93

Execução extrajudicial - SFH - DL 70/66 - Constitucionalidade - Devedor - Notificação - Ausência - Nulidade da execução extrajudicial 178

Título de crédito - Cancelamento de protesto - Reparação de danos - Cumulação de pedidos - Duplicata - Endosso traslativo - Banco - Legitimidade de parte - Protesto indevido - Dano moral - Configuração - Endossatário - Direito de regresso assegurado - Honorários de advogado 229

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
Acupuntura - Profissão não regulamentada - Art. 5º, XIII, da CF - Clínica de acupuntura - Ausência de supervisão por médico habilitado - Oferta de internação e tratamento médico - Propaganda - Impossibilidade - Ação civil pública - Suspensão das atividades de internação e consultas - Tutela antecipada - Deferimento parcial - Serviço específico de acupuntura - Admissibilidade 260

Improbidade administrativa - Dano ao erário - Indenização - Ministério Público - Legitimidade ativa - Possibilidade jurídica do pedido - Arts. 127 e 129 da CF - Madeira doada ao Município - Agente público - Venda - Apropriação indébita - Princípio da legalidade - Princípio da moralidade - Princípio da probidade - Violação - Co-réu - Exclusão da lide - Condenação - Abrandamento - Não-acolhimento - Penalidade - Aplicação - Art. 12 da Lei 8.429/92 - Art. 37, § 4º, da CF - Cumulatividade das penas - Afastamento pelo juiz - Descabimento - Princípios da individualização da pena e da proporcionalidade - Observância 225

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 570

Liminar - Imóvel - Tombamento - Patrimônio histórico - Demolição - Impossibilidade 307

Tutela antecipada - Deferimento parcial - Clínica de acupuntura - Oferta de serviços médicos - Internação e consulta - Veiculação de propaganda - Impossibilidade - Serviço específico de acupuntura - Admissibilidade 260

AÇÃO COMINATÓRIA

Sociedade limitada - Reunião de sócios - Nulidade de convocação - Contrato social - Ausência de previsão - Normas sobre a assembléia - § 6º do art. 1.072 do CC/2002 - Aplicabilidade - Administrador não sócio - Destituição - *Quorum* - Maioria absoluta 267

AÇÃO DE ALIMENTOS - Vide: alimentos

AÇÃO DE COBRANÇA

Aluguel - Usufruto - Imóvel residencial - Concessão a ambos os cônjuges - Separação judicial - Impedimento concreto ao usufruto comum do bem - Utilização exclusiva por um dos usufrutuários - Comunhão dos frutos e despesas *propter rem* - Aluguel - Pagamento - Dever - Ação de cobrança - Valor - Fixação - Sentença - Liquidação por arbitramento 63

Aluguel e encargos - Despejo - Cumulação de ações - Depósito em juízo - Pedido - Formulação em momento inoportuno - Não-apreciação - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Multa contratual - Redução - CDC - Inaplicabilidade - Lei do Inquilinato - Estabelecimento de parâmetros - Correção monetária - Termo inicial - Inadimplemento da obrigação - *Reformatio in pejus* - Impossibilidade 399

Contrato - Representação comercial - Rescisão - Competência - Justiça Comum - Cláusula *del credere* - Inclusão - Proibição - Art. 43 da Lei 4.886/65 248

Plano de saúde - Valores pagos - Reembolso - Procedimentos sem exclusão expressa - Negativa de autorização - Inadmissibilidade - Cláusula contratual - Redação dúbia - CDC - Aplicação 189

AÇÃO DECLARATÓRIA

Inexistência de débito - Passagem aérea - Venda - Cartão de crédito - Assinatura em arquivo - Irregularidade na transação - Cancelamento pela operadora - Empresa de turismo - Agência de viagem - Responsabilidade 279

AÇÃO DEMOLITÓRIA

Prédio - Área comum - Edificação – Não-autorização - Unidade autônoma - Condomínio - Lei 4.591/64 e normas municipais - Violação - Demolição - Imposição 196

AÇÃO DISCRIMINATÓRIA

Improcedência - Registro de imóveis - Averbação impeditiva de alienação de imóvel - Cancelamento do registro antes do trânsito em julgado da decisão judicial - Impossibilidade jurídica do pedido - Arts. 246 e seguintes da Lei 6.015/73 89

AÇÃO MONITÓRIA

Cheque prescrito - Título hábil - Cópia autenticada - Possibilidade - Valor indevido - Devedor - Ônus da prova 131

Petição inicial - Inépcia - Ausência - Interesse de agir - Presença - Carência da ação - Inexistência - Cheque prescrito - Agiotagem - Usura - Defesa para obstar a constituição de titulo executivo - Inversão do ônus da prova - Descabimento - Art. 3º da Medida Provisória 2.172-32/2001 - Inaplicabilidade - Juros abusivos - Origem espúria da dívida - Comprovação - Prova escrita sem eficácia de título executivo - Invalidade - Embargos monitórios - Acolhimento - Quantia indevidamente demandada - Indenização - Pedido formulado nos embargos - Impossibilidade - Reconvenção - Ação direta - Via processual adequada - Litigância de má-fé - Inocorrência - Assistência judiciária - Despesas processuais - Condenação - Suspensão da exigibilidade - Art. 12 da Lei 1.050/50 - Aplicabilidade 218

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Anulação de registro de nascimento - Exoneração de alimentos - Cumulação de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 571

ações - DNA - Paternidade socioafetiva - Registro anulado 163

AÇÃO ORDINÁRIA

Nulidade de cláusulas contratuais cumulada com repetição de indébito - Relação de consumo - Ajuizamento - Domicílio do representante processual da parte - Foro estranho ao domicílio das partes e ao local da celebração ou de cumprimento do contrato - Escolha aleatória - Previsão legal - Ausência - Princípio do juiz natural - Violação - Incompetência absoluta - Declaração . .368

AÇÃO PENAL

Crime contra as relações de consumo - Pena - Previsão alternativa de multa - Suspensão condicional do processo - Admissibilidade - Recusa de proposta pelo Ministério Público - Constrangimento ilegal caracterizado - *Habeas corpus* concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida - Interpretação do art. 89 da Lei 9.099/95 (STF) 553

AÇÃO POPULAR

Agentes políticos - Litisconsórcio necessário - Citação - Indispensabilidade - Processo - Extinção - Julgamento do mérito - Ausência - Sucumbência - Isenção 106

Patrimônio público - Ato lesivo - Ilegalidade - Ausência - Fundação Universidade de Itaúna - Desvinculação do Poder Público - Possibilidade 299

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO

Cumulação com Repetição do indébito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Extinção do processo sem resolução do mérito - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Instituição bancária - Aquisição da totalidade das ações de outro banco - Sucessão - Não-ocorrência - Sociedade que incorpora ações de outra - Personalidade jurídica distinta - Sociedade subsidiária integral - Art. 206, I, *d*, e art. 251 da Lei 6.404/76 275

ACIDENTE DE TRÂNSITO

Culpa concorrente - Indenização - Dano moral - Não-cabimento - Dano material - Divisão entre as partes - Percentual de 50% para cada parte - Valor recebido a título de Seguro obrigatório-DPVAT - Dedução do *quantum* indenizatório - Cicatriz leve - Dano estético - Não-configuração - Vítima - Ausência de incapacidade para o trabalho - Lucro cessante - Inexistência - Pensão vitalícia - Impossibilidade 239

Indenização - Representação processual - Advogado - Capacidade postulatória - Perda - Novo procurador - Ratificação de atos - Nulidade absoluta do feito - Inexistência - Princípio da economia processual - Prevalência 311

ACÓRDÃO

Nulidade - Ausência (STJ) 541

ACUPUNTURA

Profissão não regulamentada - Art. 5º, XIII, da CF - Clínica de acupuntura - Ausência de supervisão por médico habilitado - Oferta de internação e tratamento médico - Propaganda - Impossibilidade - Serviços específicos de acupuntura - Admissibilidade - Ação civil pública - Tutela antecipada - Deferimento parcial - Suspensão das atividades de internação e consultas 260

ADCT - Vide: Constituição Estadual

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Indenização - Danos materiais e morais - Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo - Responsabilidade objetiva - Nexo de causalidade - Não-ocorrência - Força maior - Caracterização - Conduta omissiva - Ausência de prova 204

ADOLESCENTE

Tráfico de entorpecentes - Fixação da pena - Causa de aumento - Menor de vinte e um anos - Causa de diminuição - Réu primário - Bons antecedentes - Lei mais benéfica - Aplicabilidade - Critérios 457

ADVOGADO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 572

Capacidade postulatória - Perda - Novo procurador - Ratificação de atos - Nulidade absoluta do feito - Inexistência - Princípio da economia processual - Prevalência . . .311

ADVOGADO CONSTITUÍDO

Homicídio qualificado - Motivo torpe - Quadrilha - Tribunal do Júri - Sentença penal condenatória - Intimação - Apelação criminal - Decurso de prazo - Intempestividade . .447

AGÊNCIA DE VIAGEM

Empresa de turismo - Passagem aérea - Venda - Cartão de crédito - Assinatura em arquivo - Irregularidade na transação - Cancelamento pela operadora - Responsabilidade da agência de viagem - Ação declaratória - Inexistência de débito 279

AGENTE POLÍTICO

Ação popular - Citação - Indispensabilidade - Processo - Extinção - Julgamento do mérito - Ausência - Sucumbência - Isenção . .106

AGENTE PÚBLICO

Improbidade administrativa - Dano ao erário - Indenização - Ação civil pública - Ministério Público - Legitimidade ativa - Possibilidade jurídica do pedido - Arts. 127 e 129 da CF - Madeira doada ao Município - Venda - Apropriação indébita - Princípio da legalidade - Princípio da moralidade - Princípio da probidade - Violação - Co-réu - Exclusão da lide - Condenação - Abrandamento - Não-acolhimento - Penalidade - Aplicação - Art. 12 da Lei 8.429/92 - Art. 37, § 4º, da CF - Cumulatividade das penas - Afastamento pelo juiz - Descabimento - Princípios da individualização da pena e da proporcionalidade - Observância 225

AGIOTAGEM

Usura - Cheque prescrito - Ação monitória - Defesa para obstar a constituição de título executivo - Inversão do ônus da prova - Descabimento - Art. 3º da Medida Provisória 2.172-32/2001 - Inaplicabilidade - Juros abusivos - Origem espúria da dívida - Comprovação - Prova escrita sem eficácia de título executivo - Invalidade - Embargos monitórios - Acolhimento 218

AGRAVO

Caráter infundado - Aplicação do art. 557, § 2º, do CPC - Multa de 1% sobre o valor da causa - Posicionamento pacífico da Corte - Agravo regimental a que se nega provimento (STF) 559

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Veículo - Consórcio - Sub-rogação no crédito - Legitimidade ativa - Art. 6º do Decreto-lei 911/69 - Sinistro - Seguro - Cláusula resolutiva unilateral - Invalidade 243

Veículo - Transferência a terceiro - Pagamento - Crédito trabalhista - Posse - *Animus domini* - Prazo de cinco anos - Implementação - Usucapião - Reconhecimento 86

ALIENAÇÃO JUDICIAL

Condomínio - Imóvel residencial - Dissolução - Bem indivisível - Hasta pública - Possibilidade - Art. 1.322 do CC/2002 374

ALIMENTOS

Ação de alimentos - Menor sob poder familiar - Ministério Público - Ilegitimidade ativa . .376

Ação negatória de paternidade - Anulação de registro de nascimento - Cumulação de ações - DNA - Paternidade socioafetiva - Registro anulado 163

Encargo - Exoneração - Prestação mensal - Valor - Redução - Alimentante - Capacidade contributiva - Alteração - Prova inequívoca - Necessidade - Extinção do processo - Voto vencido 392

Exoneração - Ex-cônjuge - Alimentada - Constituição de união estável - Prova - Cessação do dever - Repetição de indébito - Impossibilidade 159

ALUGUEL

Execução - Embargos do devedor - Locador e locatário - Acordo sobre condições de pagamento e reparo do imóvel - Anuência do

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 573

fiador - Ausência - Novação - Inexistência - Fiança - Exoneração - Impossibilidade - Extensão até a entrega das chaves - Art. 39 da Lei 8.245/91 182

Usufruto - Imóvel residencial - Concessão a ambos os cônjuges - Separação judicial - Impedimento concreto ao usufruto comum do bem - Utilização exclusiva por um dos usufrutuários - Comunhão dos frutos e despesas *propter rem* - Aluguel - Pagamento - Dever - Ação de cobrança - Valor - Fixação - Sentença - Liquidação por arbitramento . .63

ALVARÁ JUDICIAL - Vide: Autorização judicial

ÁLVEO

Abandono - Propriedade - Aquisição originária - Pedido - Caracterização da aquisição originária - Ausência - Decreto Federal 24.643/34 61

AMEAÇA

Representação - Retratação extemporânea - Inadmissibilidade - Prova - Condenação . .475

ANTECEDENTES CRIMINAIS

Pena privativa de liberdade - Pena restritiva de direitos - Substituição - Impossibilidade . . 431

Tráfico de entorpecentes - Fixação da pena - Causa de aumento - Adolescente - Menor de vinte e um anos - Causa de diminuição - Réu primário - Bons antecedentes - Lei mais benéfica - Aplicabilidade - Critérios 457

APELAÇÃO CRIMINAL

Decurso de prazo - Intempestividade - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Quadrilha - Tribunal do Júri - Sentença penal condenatória - Intimação - Defensor dativo - Advogado constituído 447

APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Abigeato - Receptação - Quadrilha - Crime continuado - Concurso material - Materialidade - Autoria - Laudo pericial - Requisito - Princípio do livre convencimento - Valoração da prova - Condenação 466

Causa de aumento de pena - Contador - Condenação - Falsificação de papel público - Falsificação de selo público - Crime-meio - Princípio da consunção - Crime continuado - Não-configuração 427

AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA

Propriedade - Pedido - Abandono de álveo - Caracterização da aquisição originária - Ausência - Decreto Federal 24.643/34 . .61

ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Único lote - Instituição - Impossibilidade - Áreas contíguas edificadas - Princípio da isonomia - Contrariedade - Direito de propriedade - Loteamento - Registro superior a 30 anos - Construção - Pedido de licença 110

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Reserva de plenário - ICMS - Repartição da receita tributária - Municípios - Valor adicionado fiscal - Lei Estadual 13.803/2000 - Declaração incidental de inconstitucionalidade - Art. 158, IV e parágrafo único, da CF 43

ARMA DE FOGO

Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Veículo automotor - Roubo impróprio - Quadrilha armada - Concurso formal - Inaplicabilidade - Concurso material - Caracterização 439

ARRENDAMENTO RURAL

Despejo - Apelação - Efeitos - Art. 107, § 1º, da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra) - Revogação pelo art. 520 do CPC 282

ARTIGO JURÍDICO - Vide: Doutrina

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Ação monitória - Embargos - Despesas processuais - Condenação - Suspensão da exigibilidade - Art. 12 da Lei 1.050/50 - Aplicabilidade 218

Espólio - Pedido - Insuficiência de recursos - Comprovação - Ausência - Concessão - Impossibilidade 243

ASSISTÊNCIA MÉDICA

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 574

Assistência odontológica - Plano de saúde - União homossexual - Entidade familiar - União estável - Direitos - Reconhecimento - Art. 226, § 3º, da CF/88 - Aplicação por analogia - Princípio da igualdade - Princípio da dignidade da pessoa humana - Observância - Pensão previdenciária - Dependente - Parceiro - Inclusão - Possibilidade 403

ASSOCIAÇÃO EVENTUAL

Tráfico de entorpecentes - Causa de aumento de pena - Inaplicabilidade - Lei penal mais benéfica 480

ASTREINTE

Pagamento de quantia certa - Descabimento - Preceitos cominatórios - Art. 287 do CPC 166

ATO DE EXECUÇÃO

Furto - Tentativa - Rompimento de obstáculo - Momento da ação - Ato preparatório - Conduta típica - Caracterização - *Iter criminis* - Condenação 508

ATO PREPARATÓRIO

Furto - Tentativa - Rompimento de obstáculo - Momento da ação - Ato de execução - Conduta típica - Caracterização - *Iter criminis* - Condenação 508

ATROPELAMENTO

Homicídio culposo - Crime de trânsito - Negligência - Valoração da prova - Condenação - Culpa concorrente - Compensação - Inadmissibilidade 504

AUTARQUIA MUNICIPAL

Pedido de indenização formulado em face da Cemig - Atraso no fornecimento de energia elétrica - Imagem afetada pelo suposto infortúnio derivado de relação contratual - Ausência - Dano moral - Não-caracterização - Pessoa jurídica de direito público – Não-concorrência com outra entidade similar na prestação do serviço - Ato ilícito - Prova - Inexistência - Súmula 277 do STJ - Inaplicabilidade - Improcedência do pedido 104

AUTORIA

Abigeato - Apropriação indébita - Receptação - Quadrilha - Crime continuado - Concurso material - Materialidade - Laudo pericial - Requisito - Princípio do livre convencimento - Valoração da prova - Condenação . . .466

Crime contra o meio ambiente - Pesca predatória - Norma penal em branco - Sisnama - Área interditada - Ausência de documento - Testemunha - Prova indiciária - Princípio *in dubio pro reo* - Absolvição 528

Extorsão qualificada - Lesão corporal grave - Materialidade - Dolo - Valoração da prova - Tipicidade - Constrangimento ilegal - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Causa de aumento de pena - Concurso de pessoas - Inaplicabilidade 489

Latrocínio - Ocultação de cadáver - Dolo - Tipicidade - Concurso material - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Confissão extrajudicial - Retratação - Valoração da prova - Condenação 419

Prova indiciária - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Emboscada - Materialidade - Exame de corpo de delito - Legítima defesa - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - Pronúncia - Juízo de admissibilidade - *In dubio pro societate* 497

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Veículo automotor - Roubo impróprio - Quadrilha armada - Valoração da prova - Condenação 439

Violação de direito autoral - Contrafação - Jóia - Materialidade - Prova - Condenação - Pena de multa - Valor 516

Violação de direito autoral - Elemento subjetivo do tipo - Materialidade - Tipicidade - Inexigibilidade de conduta diversa - Estado de necessidade - Não-caracterização - Valoração da prova - Condenação 492

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 575

Aborto eugênico - Má-formação do feto - Sobrevivência extra-uterina - Inviabilidade - Constatação médica - Interrupção da gravidez - Possibilidade - Procedência do pedido 138

- B -

BANCO

Aquisição da totalidade das ações de outro banco - Sucessão - Não-ocorrência - Sociedade que incorpora ações de outra - Personalidade jurídica distinta - Sociedade subsidiária integral - Personalidade jurídica própria - Art. 206, I, *d,* e art. 251 da Lei 6.404/76 - Ação revisional de contrato - Cumulação com repetição do indébito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Extinção do processo sem resolução do mérito - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência .275

Duplicata - Endosso traslativo - Protesto indevido - Dano moral - Configuração - Endossatário - Direito de regresso assegurado 229

BEM DE FAMÍLIA

Embargos de terceiro - Imóvel de uso misto - Cômodo não residencial - Penhorabilidade - Meação respeitada 103

Penhora - Possibilidade - Locação - Fiança - Bem imóvel do fiador - Art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 - Aplicabilidade 294

BEM INDIVISÍVEL - Vide: condomínio

BOLETIM DE OCORRÊNCIA

Divórcio direto - Biênio factual - Prova válida de tempo - Separação de corpos - Nome de casada - Manutenção - Art. 25, II, da Lei 6.515/77 - Alimentos - Filhos - Fixação 135

BONS ANTECEDENTES - Vide: Antecedentes criminais

BUSCA E APREENSÃO

Veículo - Consórcio - Alienação fiduciária - Sub-rogação no crédito - Legitimidade ativa - Art. 6º do Decreto-lei 911/69 - Sinistro - Seguro - Cláusula resolutiva unilateral - Invalidade - Espólio - Assistência judiciária - Pedido - Insuficiência de recursos - Comprovação - Ausência - Concessão - Impossibilidade 243

- C -

CÂMARA MUNICIPAL

Abuso de poder - Vereador - Fiscalização - Documento público - Impedimento de acesso - Ilegalidade 416

CARÊNCIA DA AÇÃO

Inexistência - Ação monitória - Interesse de agir - Presença 218

CARTÃO DE CRÉDITO

Assinatura em arquivo - Venda de passagem aérea - Irregularidade na transação - Cancelamento pela operadora - Empresa de turismo - Agência de viagem - Responsabilidade - Ação declaratória - Inexistência de débito 279

CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Abigeato - Furto qualificado - Repouso noturno – Inaplicabilidade 466

Aplicabilidade - Crime contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Mercadoria deteriorada - Crime formal - Prova - Laudo pericial - Condenação - Comércio de bem essencial à vida ou à saúde 521

Apropriação indébita - Contador - Condenação 427

Concurso de pessoas - Inaplicabilidade - Extorsão qualificada - Lesão corporal grave - Materialidade - Autoria - Dolo - Valoração da prova - Tipicidade - Constrangimento ilegal - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Causa de aumento de pena - Concurso de pessoas - Inaplicabilidade 489

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 576

Tráfico de entorpecentes - Causa de aumento de pena - Inaplicabilidade - Lei penal mais benéfica 480

Tráfico de entorpecentes - Fixação da pena - Adolescente - Menor de vinte e um anos - Causa de diminuição de pena - Réu primário - Bons antecedentes - Lei mais benéfica - Aplicabilidade - Critérios 457

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Tráfico de entorpecentes - Fixação da pena - Causa de aumento - Adolescente - Menor de vinte e um anos - Réu primário - Bons antecedentes - Lei mais benéfica - Aplicabilidade - Critérios 457

CAUTELAR

Produção antecipada de provas - Prova pericial - Apresentação de quesitos - Prazo do art. 421, § 1º, do CPC - Preclusão - Inexistência - Perícia - Trabalhos não iniciados - Oferecimento dos quesitos a qualquer tempo - Possibilidade - Princípio da ampla defesa - Princípio do contraditório - Princípio da igualdade de tratamento às partes - Princípio da verdade real - Aplicabilidade 253

CÉDULA DE CRÉDITO RURAL

Embargos do devedor - Regularidade na contratação - Título executivo - Juros de mora - Limite - Multa moratória - Capitalização semestral 71

CERCEAMENTO DE DEFESA

Não-configuração - Pedido - Formulação em momento inoportuno - Não-apreciação . .399

CERTIFICADO DE CONCLUSÃO - Vide: Diploma

CHEQUE

Prescrição - Ação monitória - Título hábil - Cópia autenticada - Possibilidade - Valor indevido - Devedor - Ônus da prova . . .131

Prescrição - Título executivo - Ineficácia - Ação monitória - Agiotagem - Usura - Defesa para obstar a constituição de título executivo - Inversão do ônus da prova - Descabimento - Art. 3º da Medida Provisória 2.172-32/2001 - Inaplicabilidade - Juros abusivos - Origem espúria da dívida - Comprovação - Prova escrita sem eficácia de título executivo - Invalidade - Embargos monitórios - Acolhimento 218

CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE

Latrocínio - Fixação da pena - Confissão espontânea 451

CIRURGIA

Indenização - Dano material - Dano moral - Erro médico - Responsabilidade objetiva - Nexo causal - Inexistência - Prestação de serviço - Defeito - Prova - Ausência - Improcedência do pedido 272

CITAÇÃO

Indispensabilidade - Ação popular - Agentes públicos - Litisconsórcio necessário - Processo - Extinção - Julgamento do mérito - Ausência - Sucumbência - Isenção . .106

COAÇÃO ILEGAL

Crime contra a vida - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Concurso material - Não-caracterização - Crime continuado - Admissibilidade - *Habeas corpus* de ofício - Concessão da ordem 447

CO-AUTORIA

Caracterização - Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Veredicto - Soberania - Concurso de pessoas - Concurso de pessoas - Tráfico de entorpecentes - Motivo torpe - Meio cruel - Surpresa - Crime hediondo - Fixação da pena - Regime inicial fechado - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

Peculato-furto - § 1º do art. 312 do CP - Funcionário público - Condição elementar do tipo - Comunicação ao particular - Co-autor do delito (art. 30 do CP) - Prescrição antecipada - Impossibilidade (STF) 556

COBRANÇA

Despesas de internação hospitalar - Unidade de tratamento intensivo - Prestação de serviço - Contrato - Assinatura - Pessoa abalada emocionalmente - Manifestação de vontade - Estado de perigo - Vício de con-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 577

sentimento - Negócio jurídico - Anulabilidade - Parente por afinidade - Art. 156 do CC/2002 - Aplicabilidade - Interesse social - Prevalência - Improcedência do pedido - Voto vencido 185

CÓDIGO CIVIL/1916

Prescrição ânua - Art. 178 - Prazo - Termo inicial - Aposentadoria - Data da concessão - Indenização - Seguro - Invalidez 390

CÓDIGO CIVIL

Art. 156 - Aplicabilidade - Despesas de internação hospitalar - Unidade de tratamento intensivo - Prestação de serviço - Contrato - Assinatura - Pessoa abalada emocionalmente - Manifestação de vontade - Estado de perigo - Vício de consentimento - Negócio jurídico - Anulabilidade - Parente por afinidade - Interesse social - Prevalência - Cobrança - Abusividade - Improcedência do pedido - Voto vencido 185

Art. 504 - Condomínio - Imóvel - Bem indivisível - Alienação - Notificação ao condômino - Ausência - Direito de preferência - Depósito do preço - Compra e venda - Ação anulatória 93

Arts. 1.076, II, e 1.072, § 6º - Aplicabilidade - Sociedade limitada - Normas sobre a assembléia - Contrato social - Ausência de previsão - Administrador não sócio - Destituição - *Quorum* - Maioria absoluta - Reunião de sócios - Nulidade de convocação 267

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ação de cobrança - Plano de saúde - Valores pagos - Reembolso - Procedimentos sem exclusão expressa - Negativa de autorização - Inadmissibilidade - Cláusula contratual - Redação dúbia 189

Art. 42 - Inaplicabilidade - Contrato - Prestação de serviço - Ensino superior - Cláusula - Revisão - Preço - Princípio da autonomia universitária 324

Inaplicabilidade - Locação - Aluguel e encargos - Multa contratual - Redução - CDC - Não-aplicabilidade - Lei do Inquilinato - Estabelecimento de parâmetros 399

Relação de consumo - Contrato de compra e venda - Distrato - CDC - Aplicabilidade - Restituição das parcelas quitadas - Construtora - Imóvel - Não-entrega na data pactuada - Retenção do percentual das quantias pagas - Impossibilidade - Cláusula contratual - Carta de crédito - Compra de outro imóvel pertencente à construtora - Imposição ao consumidor - Nulidade - Art. 51 do CDC 209

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 421, § 1º - Prova pericial - Apresentação de quesitos - Prazo não preclusivo 253

Art. 568, I - Responsabilidade tributária - Execução fiscal - Redirecionamento - Sócio-gerente que figura na CDA como co-responsável - Legitimidade passiva - Possibilidade - Distinção entre a relação de direito processual (pressuposto para ajuizar a execução) e a relação de direito material (pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária) (STJ) 545

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Art. 202, I - Responsabilidade tributária - Execução fiscal - Redirecionamento - Sócio-gerente que figura na CDA como co-responsável - Legitimidade passiva - Possibilidade - Distinção entre relação de direito processual (pressuposto para ajuizar a execução) e a relação de direito material (pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária) (STJ) 545

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

Composição - Proporcionalidade partidária - Inobservância - Art. 58, § 1º, da CF - Mandado de segurança - Concessão da ordem 77

COMPANHIA TELEFÔNICA

Estelionato - Telefone celular - Habilitação - Uso de documento alheio - CPF - Fraude - Sujeito passivo - Companhia telefônica -

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 578

Vantagem ilícita - Valoração da prova - Condenação 431

COMPETÊNCIA

Ação ordinária - Nulidade de cláusulas contratuais cumulada com repetição de indébito - Relação de consumo - Ajuizamento - Domicílio do representante processual da parte - Foro estranho ao domicílio das partes e ao local da celebração ou de cumprimento do contrato - Escolha aleatória - Ausência de previsão legal - Princípio do juiz natural - Violação - Incompetência absoluta - Declaração 368

Juizados especiais - Complexidade da causa - Matéria restrita ao âmbito da legislação infraconstitucional - Alegação de interesse da união - Motivo insuficiente para deslocamento da competência - Conta telefônica - Cobrança - Pulsos excedentes - Matéria infraconstitucional - Ofensa reflexa - Art. 93, IX, da CF - Ofensa não configurada - Decisão devidamente fundamentada - Agravo - Caráter infundado - Aplicação do art. 557, § 2º, do CPC - Multa de 1% sobre o valor da causa - Posicionamento pacífico da Corte - Agravo regimental a que se nega provimento (STF) 559

Justiça Comum - Ação de cobrança - Contrato - Representação comercial - Rescisão - Cláusula *del credere* - Inclusão - Proibição - Art. 43 da Lei 4.886/65 248

Massa falida - Figuração como autora ou litisconsorte ativa - Ação - Julgamento - Competência - Juízo cível - Exceção ao princípio da indivisibilidade falimentar - *Vis attractiva* - Não-ocorrência - Art. 76 da Lei nº 11.101/2005 173

Operadora de telefonia - Repetição do indébito - Litisconsórcio - Inexistência - Justiça Estadual - Competência 338

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Denúncia - Infração penal de menor potencial ofensivo - Concurso de crimes - Justiça Comum 475

Estelionato - Sujeito passivo - Empresa pública federal - ECT - Justiça Federal - Nulidade 428

COMPRA E VENDA

Distrato - Relação de consumo - CDC - Aplicabilidade - Restituição das parcelas quitadas - Construtora - Não-entrega do imóvel na data pactuada - Retenção do percentual das quantias pagas - Impossibilidade - Cláusula contratual - Carta de crédito - Compra de outro imóvel pertencente à construtora - Imposição ao consumidor - Nulidade - Art. 51 do CDC 209

Imóvel - Negócio jurídico - Agente incapaz - Escritura pública - Anulação - Registro de imóveis - Cancelamento - Mandato - Nulidade 75

Imóvel - Quitação de tributos municipais - Previsão contratual - Obrigação de pagar - Descumprimento - Venda posterior a terceiros - *Res inter alios* em relação ao primitivo vendedor - Execução fiscal contra o vendedor - Dano material - Dano moral - Indenização - Cabimento 166

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Vide: compra e venda

COMUTAÇÃO DA PENA

Execução - Unificação - Limite - Incidente de execução - Progressão de regime - Livramento condicional - Remição - Prazo 510

CONCLUSÃO DE CURSO SUPERIOR - Vide: Diploma

CONCURSO DE CRIMES

Denúncia - Infração penal de menor potencial ofensivo - Competência jurisdicional - Justiça Comum 475

CONCURSO DE PESSOAS

Extorsão qualificada - Lesão corporal grave - Materialidade - Autoria - Dolo - Valoração da prova - Tipicidade - Constrangimento ilegal - Desclassificação do crime - Impossibilidade

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 579

- Causa de aumento de pena - Concurso de pessoas - Inaplicabilidade 489

Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Veredicto - Soberania - Co-autoria - Caracterização - Tráfico de entorpecentes - Motivo torpe - Meio cruel - Surpresa - Crime hediondo - Fixação da pena - Regime inicial fechado - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

Roubo qualificado - Arma de fogo - Veículo automotor - Roubo impróprio - Quadrilha armada - Concurso formal - Inaplicabilidade - Concurso material - Caracterização . .439

CONCURSO FORMAL

Inaplicabilidade - Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Veículo automotor - Roubo impróprio - Quadrilha armada - Concurso material - Caracterização . .439

CONCURSO MATERIAL

Abigeato - Apropriação indébita - Receptação - Quadrilha - Crime continuado - Materialidade - Autoria - Laudo pericial - Requisito - Princípio do livre convencimento - Valoração da prova - Condenação 466

Caracterização - Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Veículo automotor - Roubo impróprio - Quadrilha armada - Concurso formal - Inaplicabilidade . . .439

Latrocínio - Ocultação de cadáver - Dolo - Tipicidade - Concurso material - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Confissão extrajudicial - Retratação - Valoração da prova - Condenação 419

Não-caracterização - Crime contra a vida - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Crime continuado - Admissibilidade - *Habeas corpus* de ofício - Coação ilegal - Concessão da ordem 447

CONCURSO PÚBLICO

Candidato - Aprovação - Doença - Aids - Edital - Previsão - Ausência - Negativa de posse - Impossibilidade - Princípio da isonomia - Princípio da legalidade - Violação - Mandado de segurança - Concessão da ordem . .175

Reserva de vagas para pessoas negras - Discriminação racial - Afronta ao princípio da isonomia - Ofensa aos arts. 3º, IV, e 5º da CF - Art. 37, VIII, da CF - Inaplicabilidade - Incidente de inconstitucionalidade - Lei 3.829/2004 do Município de Contagem - Inconstitucionalidade declarada 37

CONDENAÇÃO

Abigeato - Apropriação indébita - Receptação - Quadrilha – Crime continuado - Concurso material - Materialidade - Autoria - Laudo pericial - Requisito - Princípio do livre convencimento - Valoração da prova 466

Ameaça - Prova - Representação - Retratação extemporânea - Inadmissibilidade 475

Apropriação indébita - Causa de aumento de pena - Contador 427

Crime contra a ordem tributária - ICMS - Crédito tributário - Fraude à fiscalização - Saída de mercadoria - Nota fiscal - Redução e supressão de tributo - Pessoa jurídica - Gerente - Crime continuado - Ministério Público - Ônus da prova 436

Crime contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Mercadoria deteriorada - Crime formal - Prova - Laudo pericial - Condenação - Comércio de bem essencial à vida ou à saúde - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade 521

Estelionato - Telefone celular - Habilitação - Uso de documento alheio - CPF - Fraude - Sujeito passivo - Companhia telefônica - Vantagem ilícita - Valoração da prova . .431

Furto - Tentativa - Rompimento de obstáculo - Momento da ação - Ato preparatório - Ato de

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 580

execução - Conduta típica - Caracterização - *Iter criminis* - Condenação 508

Homicídio culposo - Crime de trânsito - Atropelamento - Negligência - Valoração da prova - Culpa concorrente - Compensação - Inadmissibilidade 504

Latrocínio - Embriaguez voluntária - Elemento subjetivo do tipo - Dolo - Imputabilidade - Ônus da prova 451

Latrocínio - Ocultação de cadáver - Dolo - Tipicidade - Concurso material - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Confissão extrajudicial - Retratação - Valoração da prova 419

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Veículo automotor - Roubo impróprio - Quadrilha armada - Materialidade - Autoria - Valoração da prova 439

Tortura - Crime próprio - Lesão corporal - Desclassificação do crime - Possibilidade - Condenação - Pena privativa de liberdade - Restritiva de direitos - Inadmissibilidade 502

Tráfico de entorpecentes - Corrupção de menores - Crime formal - Policial militar - Testemunha - Validade - Valoração da prova 480

Tráfico de entorpecentes - Testemunha - Retratação - Valoração da prova 457

Violação de direito autoral - Contrafação - Jóia - Materialidade - Autoria - Condenação .516

Violação de direito autoral - Elemento subjetivo do tipo - Materialidade - Autoria - Tipicidade - Inexigibilidade de conduta diversa - Estado de necessidade - Não-caracterização - Valoração da prova 492

CONDOMÍNIO

Assembléia - Voto dos presentes - Vagas de garagem de condômino registrada em matrículas próprias - Extinção - Impossibilidade - Anulação da assembléia - Efeitos ao *statu quo* ante (STJ) 541

Dissolução - Imóvel residencial - Bem indivisível - Alienação judicial - Hasta pública - Possibilidade - Art. 1.322 do CC 374

Imóvel - Bem indivisível - Fração ideal de condomínio - Alienação - Notificação do condômino - Obrigatoriedade - Compra e venda - Ação anulatória - Art. 504 do CC - Direito de preferência - Depósito do preço 93

Lei 4.591/64 e normas municipais - Ação demolitória - Violação - Prédio - Área comum - Edificação - Unidade autônoma - Não-autorização - Demolição - Imposição . .196

Prédio - Animal em apartamento - Convenção de condomínio - Autorização - Perturbação do sossego e da saúde dos moradores - Inexistência de prova - Local onde vivem os animais - Infiltração causada pela limpeza da área - Perigo de dano - Não-comprovação - Retirada dos animais - Tutela antecipada - Verossimilhança das alegações - Prova inequívoca - Ausência - Dilação probatória - Necessidade - Concessão da medida - Impossibilidade 120

CONFISSÃO ESPONTÂNEA

Latrocínio - Fixação da pena - Circunstância atenuante 451

CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL

Latrocínio - Ocultação de cadáver - Dolo - Tipicidade - Concurso material - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Retratação - Valoração da prova - Condenação 419

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Arts. 105, 106 e 108 do ADCT - Inaplicabilidade - Servidor designado - Dispensa *ad nutum* - Possibilidade - Função pública - Título precário - Estabilidade extraordinária - Direito líquido e certo - Inexistência -

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 581

Mandado de segurança - Denegação da ordem 38

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 58, § 1º - Comissão parlamentar de inquérito - Composição - Proporcionalidade partidária - Inobservância - Mandado de segurança - Concessão da ordem 77

Art. 149 - Interpretação restritiva - Ipsemg - Contribuição para custeio à saúde - Exigência compulsória - Ilegalidade - Art. 85 da Lei Complementar Estadual 64/2002 - Inconstitucionalidade 41

Art. 202, § 2º - EC nº 20/1998 - Gestora de plano de previdência privada - Prestação de contas aos participantes - Ação - Julgamento - Competência 255

Art. 208, V - Estudante - Acesso a níveis mais elevados de ensino - Vestibular - Aprovação - Menor de 18 anos - Exame supletivo - Pedido de inscrição no ensino médio - Recusa - Inadmissibilidade - Idade mínima - Princípio da razoabilidade - Mandado de segurança - Concessão da ordem 55

Arts. 3º, IV, e 5º - Ofensa - Art. 37 - Inaplicabilidade - Concurso público - Reserva de vagas para pessoas negras - Discriminação racial - Afronta ao princípio da isonomia - Incidente de inconstitucionalidade - Lei 3.829/2004 do Município de Contagem - Inconstitucionalidade declarada 37

Arts. 37, § 4º, 127 e 129 - Ação civil pública - Dano ao erário - Indenização - Ministério Público - Legitimidade ativa - Possibilidade jurídica do pedido - Improbidade administrativa - Penalidade - Cumulação das penas - Afastamento pelo juiz - Descabimento - Princípios da individualização da pena e da proporcionalidade - Observância 224

CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Extorsão qualificada - Lesão corporal grave - Materialidade - Autoria - Dolo - Valoração da prova - Tipicidade - Constrangimento ilegal - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Causa de aumento de pena - Concurso de pessoas - Inaplicabilidade 489

Não-caracterização - *Habeas corpus* - Execução da pena - Regime de cumprimento da pena - Progressão - Exame criminológico - Magistrado - Poder discricionário - Valoração da prova - Inadmissibilidade - Denegação da ordem 513

CONSTRUÇÃO CIVIL

Pedido de licença - Loteamento - Registro superior a 30 anos - Área de preservação permanente - Único lote - Instituição - Impossibilidade - Áreas contíguas edificadas - Princípio da isonomia - Contrariedade - Direito de propriedade - Prevalência . . .110

CONSTRUTORA

Compra e venda - Distrato - Restituição das parcelas quitadas - Imóvel - Não-entrega na data pactuada - Retenção do percentual das quantias pagas - Impossibilidade - Cláusula contratual - Carta de crédito - Compra de outro imóvel pertencente à construtora - Imposição ao consumidor - Nulidade - Art. 51 do CDC 209

CONTA TELEFÔNICA

Cobrança - Pulsos excedentes - Matéria infraconstitucional - Ofensa reflexa - Art. 93, IX, da CF - Ofensa não configurada - Decisão devidamente fundamentada - Juizados especiais - Competência - Complexidade da causa - Matéria restrita ao âmbito da legislação infraconstitucional - Alegação de interesse da união - Motivo insuficiente para deslocamento da competência - Agravo - Caráter infundado - Aplicação do art. 557, § 2º, do CPC - Multa de 1% sobre o valor da causa - Posicionamento pacífico da Corte - Agravo regimental a que se nega provimento (STF) 559

Contrafação - Jóia - Denúncia - Requisitos - Inépcia - Não-caracterização - Ausência de *mutatio libelli* - Materialidade - Autoria - Prova - Condenação - Pena de multa - Valor 516

CONTRAFAÇÃO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 582

Jóia - Violação de direito autoral - Denúncia - Requisitos - Inépcia - Não-caracterização - Ausência de *mutatio libelli* - Materialidade - Autoria - Prova - Condenação - Pena de multa - Valor 516

CONTRATO

Ação ordinária de nulidade de cláusulas cumulada com repetição de indébito - Relação de consumo - Ajuizamento - Domicílio do representante processual da parte - Foro estranho ao domicílio das partes e ao local da celebração ou de cumprimento do contrato - Escolha aleatória - Previsão legal - Ausência - Princípio do juiz natural - Violação - Incompetência absoluta - Declaração 368

Compra e venda - Distrato - Relação de consumo - CDC - Aplicabilidade - Restituição das parcelas quitadas - Construtora - Não-entrega do imóvel na data pactuada - Retenção do percentual das quantias pagas - Impossibilidade - Cláusula contratual - Carta de crédito - Compra de outro imóvel pertencente à construtora - Imposição ao consumidor - Nulidade - Art. 51 do CDC 209

Compra e venda de imóvel - Negócio jurídico - Agente incapaz - Escritura pública - Anulação - Registro de imóveis - Cancelamento - Mandato - Nulidade . . .75

Compra e venda de imóvel - Quitação de tributos municipais - Previsão contratual - Obrigação de pagar - Descumprimento - Venda posterior a terceiros - *Res inter alios* em relação ao primitivo vendedor - Execução fiscal contra o vendedor - Dano material - Dano moral - Indenização - Cabimento 166

Prestação de serviço educacional - Ensino superior - Cláusula - Revisão - Preço - Princípio da autonomia universitária - Direito do consumidor - Interpretação - Repetição em dobro - Art. 42 do CDC - Inaplicabilidade 324

Prestação de serviços - Assinatura - Pessoa abalada emocionalmente - Manifestação de vontade - Estado de perigo - Vício de consentimento - Negócio jurídico - Anulabilidade - Parente por afinidade - Art. 156 do CC/2002 - Aplicabilidade - Interesse social - Prevalência - Despesas de internação hospitalar - Unidade de tratamento intensivo - Cobrança - Abusividade - Improcedência do pedido - Voto vencido 185

Propriedade industrial - Normas de proteção - Medida cautelar inominada - Liminar - Requisitos - Presença - Concessão . . .113

Representação comercial - Rescisão - Ação de cobrança - Competência - Justiça Comum - Cláusula *del credere* - Inclusão - Proibição - Art. 43 da Lei 4.886/65 248

Rescisão - Cumulação com repetição do indébito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Extinção do processo sem resolução do mérito - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Instituição bancária - Aquisição da totalidade das ações de outro banco - Sucessão - Não-ocorrência - Sociedade que incorpora ações de outra - Personalidade jurídica distinta - Sociedade subsidiária integral - Art. 206, I, *d*, e art. 251 da Lei 6.404/76 275

CONTRATO DE ARRENDAMENTO

Rescisão contratual - Perdas e danos - Posto de combustível - *Pacta sunt servanda* - Violação - Inadmissibilidade - Reintegração de posse - Possibilidade 318

CONTRATO SOCIAL

Sociedade limitada - Reunião de sócios - Normas sobre assembléia - Ausência de previsão - Arts. 1.076, II, e 1.072, § 6º - Aplicabilidade - Sociedade limitada - Administrador não sócio - Destituição - *Quorum* - Maioria absoluta - Nulidade de convocação 267

CONTRIBUIÇÃO

Custeio à saúde - Natureza previdenciária - Ausência - Caráter de solidariedade - Inexistência - Ipsemg - Exigência compulsória - Ilegalidade - Art. 85 da Lei

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 583

Complementar Estadual 64/2002 - Inconstitucionalidade - Art. 149 da CF - Interpretação restritiva 41

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL

Natureza tributária - Categoria - Sindicalização - Desnecessidade - Cobrança - Legitimidade concorrente - Base de cálculo - Valor da terra nua - Convênio - CNA e Receita Federal - Multa e juros - Incidência 371

CÓPIA AUTENTICADA

Cheque prescrito - Ação monitória - Título hábil - Possibilidade - Valor indevido - Devedor - Ônus da prova 131

CORREÇÃO MONETÁRIA

Termo inicial 378

Termo inicial - Inadimplemento da obrigação - *Reformatio in pejus* - Impossibilidade . .399

CORRETAGEM

Honorários - Arbitramento - Contrato escrito - Ausência - Intermediação - Finalização do negócio - Prova - Creci - Inscrição - Inelegibilidade 201

CORRUPÇÃO DE MENORES

Crime formal - Tráfico de entorpecentes - Policial militar - Testemunha - Validade - Valoração da prova - Condenação - Associação eventual - Causa de aumento de pena - Inaplicabilidade - Lei mais benéfica - Regime inicial fechado - Pena privativa de liberdade - Substituição - Restritiva de direitos - Impossibilidade - Princípios da suficiência e da necessidade 480

Receptação qualificada - Furto - Posse irregular de arma de fogo - Prova indiciária - Princípio *in dubio pro reo* - Absolvição 475

CPF

Estelionato - Telefone celular - Habilitação - Uso de documento alheio - Fraude - Sujeito passivo - Companhia telefônica - Vantagem ilícita - Valoração da prova - Condenação 431

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Crime contra a ordem tributária - ICMS - Crédito tributário - Fraude à fiscalização - Saída de mercadoria - Nota fiscal - Redução e supressão de tributo - Pessoa jurídica - Gerente - Condenação - Crime continuado - Ministério Público - Ônus da prova 436

CRIME CONEXO

Homicídio qualificado - Motivo torpe - Emboscada - Tráfico de entorpecentes - Lei mais benéfica - Desclassificação do crime 497

CRIME CONSUMADO

Extorsão - Crime formal - Vantagem indevida - Irrelevância - *Iter criminis* - Circunstância alheia - Desclassificação do crime - Possibilidade 444

CRIME CONTINUADO

Abigeato - Apropriação indébita - Receptação - Quadrilha - Concurso material - Materialidade - Autoria - Laudo pericial - Requisito - Princípio do livre convencimento - Valoração da prova - Condenação . . .466

Admissibilidade - Crime contra a vida - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Concurso material - Não-caracterização - *Habeas corpus* de ofício - Coação ilegal - Concessão da ordem 447

Ministério Público - Ônus da prova - Crime contra a ordem tributária - ICMS - Crédito tributário - Fraude à fiscalização - Saída de mercadoria - Nota fiscal - Redução e supressão de tributo - Pessoa jurídica - Condenação 436

Não-configuração - Apropriação indébita - Falsificação de papel público - Falsificação de selo público - Crime-meio - Princípio da consunção 427

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

ICMS - Crédito tributário - Fraude à fiscalização - Saída de mercadoria - Nota fiscal - Redução e supressão de tributo - Pessoa jurídica - Gerente - Condenação - Crime

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 584

continuado - Ministério Público - Ônus da prova 436

CRIME CONTRA A VIDA

Homicídio qualificado - Motivo torpe - Concurso material - Não-caracterização - Crime continuado - Admissibilidade - *Habeas corpus* de ofício - Coação ilegal - Concessão da ordem 447

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Mercadoria deteriorada - Crime formal - Prova - Laudo pericial - Condenação - Comércio de bem essencial à vida ou à saúde - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade 521

Pena - Previsão alternativa de multa - Suspensão condicional do processo - Admissibilidade - Recusa de proposta pelo Ministério Público - Constrangimento ilegal caracterizado - *Habeas corpus* concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida - Interpretação do art. 89 da Lei 9.099/95 (STF) 553

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE

Pesca predatória - Autoria - Norma penal em branco - Sisnama - Área interditada - Ausência de documento - Testemunha - Prova indiciária - Princípio *in dúbio pro reo* - Absolvição 528

CRIME DE TRÂNSITO

Homicídio culposo - Atropelamento - Negligência - Valoração da prova - Condenação - Culpa concorrente - Compensação - Inadmissibilidade 504

CRIME FORMAL

Corrupção de menores - Tráfico de entorpecentes - Policial militar - Testemunha - Validade - Valoração da prova - Condenação - Associação eventual - Causa de aumento de pena - Inaplicabilidade - Lei mais benéfica - Regime inicial fechado - Pena privativa de liberdade - Substituição - Restritiva de direitos - Impossibilidade - Princípios da suficiência e da necessidade 480

Crime contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Mercadoria deteriorada - Crime formal - Prova - Laudo pericial - Condenação - Comércio de bem essencial à vida ou à saúde - Causa de aumento de pena – Aplicabilidade 521

Extorsão - Vantagem indevida - Irrelevância - *Iter criminis* - Circunstância alheia - Crime consumado - Tentativa - Desclassificação do crime - Possibilidade 444

CRIME HEDIONDO

Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Veredicto - Soberania - Concurso de pessoas - Co-autoria - Caracterização - Tráfico de entorpecentes - Motivo torpe - Meio cruel - Surpresa - Fixação da pena - Regime inicial fechado - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

Latrocínio - Sentença - Ministério Público - Recurso da acusação - Não-conhecimento - Crime hediondo - Progressão de regime - Possibilidade - Juízo competente - Execução da pena - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 451

CRIME-MEIO

Apropriação indébita - Falsificação de papel público - Falsificação de selo público - Princípio da consunção - Crime continuado - Não-configuração 427

CRIME PRÓPRIO

Tortura - Lesão corporal - Desclassificação do crime - Possibilidade - Condenação - Pena privativa de liberdade - Restritiva de direitos - Inadmissibilidade 502

CRITÉRIO OBJETIVO

Pena de multa - Critério subjetivo 492

CRLV

Emissão - Infração de trânsito - Veículo clonado - Condutor não identificado - Prova - Multa - Cancelamento 401

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 585

CULPA CONCORRENTE

Acidente de trânsito - Indenização - Dano moral - Não-cabimento - Dano material - Divisão entre as partes - Percentual de 50% para cada parte - Valor recebido a título de seguro obrigatório-DPVAT - Dedução do *quantum* indenizatório 239

Homicídio culposo - Crime de trânsito - Atropelamento - Valoração da prova - Condenação - Compensação - Inadmissibilidade 504

CUMULAÇÃO DE AÇÕES

Ação negatória de paternidade - Anulação de registro de nascimento - Exoneração de alimentos - DNA - Paternidade socioafetiva 163

- D -

DANO AO ERÁRIO

Improbidade administrativa - Ação civil pública - Indenização - Ministério Público - Legitimidade ativa - Possibilidade jurídica do pedido - Arts. 127 e 129 da CF - Madeira doada ao Município - Agente público - Venda - Apropriação indébita - Princípio da legalidade - Princípio da moralidade - Princípio da probidade - Violação - Co-réu - Exclusão da lide - Condenação - Abrandamento - Não-acolhimento - Penalidade - Aplicação - Art. 12 da Lei 8.429/92 - Art. 37, § 4º, da CF - Cumulatividade das penas - Afastamento pelo juiz - Descabimento - Princípios da individualização da pena e da proporcionalidade - Observância 224

DANO ESTÉTICO

Inexistência - Cicatriz leve - Indenização - Descabimento 239

DANO MATERIAL

Acidente de trânsito - Culpa concorrente - Indenização - Danos - Divisão entre as partes - Percentual de 50% para cada parte - Valor recebido a título de seguro obrigatório-DPVAT - Dedução do *quantum* indenizatório 239

Compra e venda de imóvel - Quitação de tributos municipais - Previsão contratual - Obrigação de pagar - Descumprimento - Venda posterior a terceiros - *Res inter alios* em relação ao primitivo vendedor - Execução fiscal contra o vendedor - Dano material - Dano moral - Indenização - Cabimento 166

DANO MORAL

Acidente de trânsito - Culpa concorrente - Indenização - Descabimento 239

Caracterização - Indenização - Valor - Fixação - Telefone celular - Plano - Migração - Titular da linha - Ausência de autorização - Impossibilidade - Serasa - Nome do consumidor - Inscrição indevida 51

Compra e venda de imóvel - Quitação de tributos municipais - Previsão contratual - Obrigação de pagar - Descumprimento - Venda posterior a terceiros - *Res inter alios* em relação ao primitivo vendedor - Execução fiscal contra o vendedor - Dano material - Dano moral - Indenização - Cabimento 166

Configuração - Duplicata - Endosso traslativo - Banco - Protesto indevido 229

Indenização - Internet - Anúncio de serviços sexuais - Legitimidade ativa - Legitimidade passiva - Responsabilidade solidária - Lei de Imprensa - Aplicação por analogia 126

Indenização - Telefone celular - Defeito - Fase de garantia - Fabricante e vendedor - Responsabilidade solidária - Arts. 13 e 18 do CDC - Decisão *ultra petita* - Decote do excesso - Nulidade afastada - Valor da indenização - Arbitramento - Critério 144

Inexistência - Cartório de registro de imóveis - Tabelião - Negligência na prática de atos próprios de serventia - Mero aborrecimento - Dano moral - Indenização - Descabimento 327

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 586

DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS

Inocorrência - Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Veredicto - Soberania - Concurso de pessoas - Co-autoria - Caracterização - Tráfico de entorpecentes - Motivo torpe - Meio cruel - Surpresa - Crime hediondo - Fixação da pena - Regime inicial fechado - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE

Argüição de inconstitucionalidade - Reserva de plenário - ICMS - Repartição da receita tributária - Municípios - Valor adicionado fiscal - Lei Estadual 13.803/2000 - Art. 158, IV e parágrafo único, da CF 43

Incidente de inconstitucionalidade - Lei 3.829/204 do Município de Contagem - Concurso público - Reserva de vagas para pessoas negras - Discriminação racial - Afronta ao princípio da isonomia - Ofensa aos arts. 3º, IV, e 5º, da CF - Art. 37, VIII, da CF - Inaplicabilidade - Inconstitucionalidade declarada 37

DECRETO

n. 4.733/03, art. 7º- Operadora de telefonia - Impulso telefônico além da franquia - Detalhamento da fatura - Prazo - Estipulação 338

n. 24.643 (Código de Águas), art. 17, parágrafo único - Propriedade - Aquisição originária - Abandono de álveo - Caracterização da aquisição originária - Ausência 61

DECRET0-LEI

n. 70/66 - Constitucionalidade - Devedor - Notificação - Ausência - Nulidade da execução extrajudicial 178

DEFENSOR DATIVO

Homicídio qualificado - Motivo torpe - Quadrilha - Tribunal do Júri - Sentença penal condenatória - Intimação - Advogado constituído - Apelação criminal - Decurso de prazo - Intempestividade 447

DENÚNCIA

Infração penal de menor potencial ofensivo - Concurso de crimes - Competência jurisdicional - Justiça Comum 475

Requisitos - Homicídio qualificado - Inépcia - Não-caracterização 497

Requisitos - Inépcia - Não-caracterização - Ausência de *mutatio libelli* 516

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME

Impossibilidade - Extorsão qualificada - Lesão corporal grave - Materialidade - Autoria - Dolo - Valoração da prova - Tipicidade - Constrangimento ilegal - Causa de aumento de pena - Concurso de pessoas - Inaplicabilidade 489

Impossibilidade - Latrocínio - Ocultação de cadáver - Dolo - Tipicidade - Concurso material - Homicídio - Autoria - Confissão extrajudicial - Retratação - Valoração da prova - Condenação 419

Possibilidade - Extorsão - Crime formal - Vantagem indevida - Irrelevância - *Iter criminis* - Circunstância alheia - Crime consumado - Tentativa - Desclassificação do crime 444

Possibilidade - Tortura - Crime próprio - Lesão corporal - Condenação - Pena privativa de liberdade - Restritiva de direitos - Inadmissibilidade 502

Tráfico de entorpecentes - Lei mais benéfica - Desclassificação do crime - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Emboscada 597

DESPEJO

Aluguel e encargos - Ação de cobrança - Cumulação de ações - Locação - Depósito em juízo - Pedido - Formulação em momento inadequado - Não-apreciação - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Multa contratual - Redução - CDC - Não-aplicabilidade - Lei do Inquilinato - Estabelecimento de parâmetros - Desocupação do imóvel - Prazo - Quinze dias - Art. 62, II, da Lei nº 8.245/91 -

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 587

Correção monetária - Termo inicial - Inadimplemento da obrigação - *Reformatio in pejus* - Impossibilidade 399

Arrendamento rural - Apelação - Efeitos - Art. 107, § 1º, da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra) - Revogação pelo art. 520 do CPC 282

Citação regular - Revelia - Efeitos - Aplicabilidade - Imóvel - Direito de retenção - Impossibilidade - Momento - Contestação - Sentença - Omissão - Não-ocorrência . . .116

DIPLOMA

Universidade estrangeira - Pedido de revalidação automática - Direito adquirido - Inexistência - Decreto 80.419/77 - Revogação pelo Decreto 3.007/99 - Colação de grau posterior - Expectativa de direito 156

DIREITO ADQUIRIDO

Inexistência - Diploma - Universidade estrangeira - Pedido de revalidação automática - Decreto 80.419/77 - Revogação pelo Decreto 3.007/99 - Colação de grau posterior - Expectativa de direito 156

DIREITO AUTORAL

Música - Retransmissão - Empresa hoteleira - Rádio nos apartamentos - Fim lucrativo - Ausência - Ecad - Cobrança - Ilegalidade 265

DIREITO DE PREFERÊNCIA

Condomínio - Imóvel - Bem indivisível - Fração ideal do condomínio - Alienação - Notificação do condômino - Ausência - Art. 504 do CC - Depósito do preço - Compra e venda - Ação anulatória 93

DIREITO DE PROPRIEDADE

Prevalência - Loteamento - Registro superior a 30 anos - Construção civil - Pedido de licença - Área de preservação permanente - Único lote - Instituição - Impossibilidade - Áreas contíguas edificadas - Princípio da isonomia - Contrariedade 110

DIREITO DE REGRESSO

Inaplicabilidade - Embargos do devedor - *Factoring* - Nota promissória - Garantia - Requisitos de exigibilidade - Ausência - Nulidade da execução 152

DIREITO DE RETENÇÃO

Imóvel - Impossibilidade - Momento - Contestação 116

DIREITO HEREDITÁRIO

Cessão - Ato realizado na vigência do CC/1916 - Escritura pública - Inexistência de obrigatoriedade 70

DISTRATO - Vide: Compra e venda

DIVÓRCIO DIRETO

Biênio factual - Boletim de ocorrência - Prova válida de tempo - Separação de corpos - Nome de casada - Manutenção - Art. 25, II, da Lei 6.515/77 - Alimentos - Filhos - Fixação 135

DOCUMENTO

Ausência - Crime contra o meio ambiente - Pesca predatória - Autoria - Norma penal em branco - Sisnama - Área interditada - Ausência de documento - Testemunha - Prova indiciária - Princípio *in dubio pro reo* - Absolvição 528

DOLO

Extorsão qualificada - Lesão corporal grave - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Tipicidade - Constrangimento ilegal - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Causa de aumento de pena - Concurso de pessoas - Inaplicabilidade 489

Latrocínio - Embriaguez voluntária - Elemento subjetivo do tipo - Imputabilidade - Ônus da prova - Condenação 451

Latrocínio - Ocultação de cadáver - Tipicidade - Concurso material - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Confissão extrajudicial - Retratação - Valoração da prova - Condenação 419

DOUTRINA

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 588

As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso - Renato César Jardim 30

Dos emolumentos do protesto e as microempresas - Moacyr Borges de Castro Figueirôa 19

DUPLICATA

Endosso traslativo - Banco - Legitimidade de parte - Protesto indevido - Dano moral - Configuração - Endossatário - Direito de regresso assegurado 229

DUPLICATA SEM ACEITE

Embargos do devedor - Execução - Possibilidade - Protesto - Entrega de mercadoria - Ônus da prova - Executividade - Pagamento - Recusa - Motivo - Fundamentação - Ausência 236

- E -

ECT

Empresa pública federal - Competência jurisdicional - Estelionato - Sujeito passivo - Justiça Federal - Nulidade 428

ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

Latrocínio - Embriaguez voluntária - Dolo - Imputabilidade - Ônus da prova - Condenação 451

Violação de direito autoral - Materialidade - Autoria - Tipicidade - Inexigibilidade de conduta diversa - Estado de necessidade - Não-caracterização - Valoração da prova - Condenação 492

EMBARGOS

Ação monitória - Cheque prescrito - Agiotagem - Usura - Origem espúria da dívida - Comprovação - Prova escrita sem eficácia de título executivo - Invalidade - Embargos monitórios - Acolhimento - Quantia indevidamente demandada - Indenização - Pedido formulado nos embargos - Impossibilidade - Reconvenção - Ação direta - Via processual adequada 218

EMBARGOS DE TERCEIRO

Bem de família - Imóvel de uso misto - Cômodo não residencial - Penhorabilidade - Meação respeitada 103

Locação - Fiança - Imóvel do fiador - Bem de família - Penhora - Possibilidade - Art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 - Aplicabilidade - Legitimidade ativa - Cônjuge - Produto da arrematação - Ressalva da meação . . .294

EMBARGOS DO DEVEDOR

Cédula de crédito rural - Regularidade na contratação - Título executivo - Juros de mora - Limite - Multa moratória - Capitalização semestral 71

Duplicata sem aceite - Execução - Possibilidade - Protesto - Entrega de mercadoria - Ônus da prova - Executividade - Pagamento - Recusa - Motivo - Fundamentação - Ausência 236

Execução de aluguel - Locador e locatário - Acordo sobre condições de pagamento e reparo do imóvel - Anuência do fiador - Ausência - Novação - Inexistência - Fiança - Exoneração - Impossibilidade - Extensão até a entrega das chaves - Art. 39 da Lei 8.245/91 182

Execução de sentença - Honorários de advogado - Executados não beneficiários da justiça gratuita - Título exigível - Imóvel rural - Área inferior ao módulo rural - Impenhorabilidade - Litigância de má-fé - Não-caracterização 99

Factoring - Direito de regresso - Inaplicabilidade - Nota promissória - Garantia - Requisitos de exigibilidade - Ausência - Nulidade da execução 152

EMBOSCADA

Homicídio qualificado - Motivo torpe - Materialidade - Exame de corpo de delito - Autoria - Prova indiciária - Legítima defesa - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - Pronúncia - Juízo de admissibilidade - *In dubio pro societate* 497

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 589

EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA
Latrocínio - Elemento subjetivo do tipo - Dolo - Imputabilidade - Ônus da prova - Condenação 451

EMENDA CONSTITUCIONAL FEDERAL
n. 20, de 1998 - Art. 202, § 2º, da CF - Gestora de plano de previdência privada - Prestação de contas aos participantes - Ação - Julgamento - Competência 255

EMOLUMENTOS
Doutrina - Dos emolumentos do protesto e as microempresas - Moacyr Borges de Castro Figueirôa 19

EMPRESA DE TURISMO - Vide: Agência de viagem

EMPRESA PÚBLICA FEDERAL
ECT - Competência jurisdicional - Estelionato - Sujeito passivo - Justiça Federal - Nulidade 428

ENDOSSO TRASLATIVO
Duplicata - Banco - Legitimidade de parte - Protesto - Dano moral - Configuração . .229

ENSINO PÚBLICO
Município - Distribuição gratuita de obra literária - Preconceito de religião - Ministério Público - Compromisso de ajustamento de conduta - Recolhimento de exemplares - Escritor - Liberdade de manifestação do pensamento - Princípios constitucionais - Conflito - Ponderação axiológica - Princípio da proporcionalidade - Estado laico - Liberdade de crença - Prevalência - Censura - Não-ocorrência - Mandado de segurança - Denegação da ordem 285

ENTIDADE FAMILIAR
União homossexual - União estável - Direitos - Reconhecimento - Art. 226, § 3º, da CF/88 - Aplicação por analogia - Princípio da igualdade - Princípio da dignidade da pessoa humana - Observância - Plano de saúde - Assistência médica - Assistência odontológica - Pensão previdenciária - Dependente - Parceiro - Inclusão - Possibilidade 403

ERRO MÉDICO
Indenização - Dano material - Dano moral - Cirurgia - Responsabilidade objetiva - Nexo causal - Inexistência - Prestação de serviço - Defeito - Prova - Ausência - Improcedência do pedido 272

ESCRITURA PÚBLICA
Não-obrigatoriedade - Cessão de direito hereditário - Ato realizado na vigência do CC/1916 70

Registro de imóveis - Cancelamento - Negócio jurídico - Agente incapaz - Mandato - Nulidade 75

ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA
Servidor designado - Título precário - Dispensa *ad nutum* - Possibilidade - Permanência no cargo - Inexistência de direito líquido e certo - Inexistência - Mandado de segurança - Denegação da ordem - Art. 105, 106 e 108 do ADCT da CE - Inaplicabilidade 38

ESTADO DE NECESSIDADE
Violação de direito autoral - Elemento subjetivo do tipo - Materialidade - Autoria - Tipicidade - Inexigibilidade de conduta diversa - Não-caracterização - Valoração da prova - Condenação - Pena de multa - Critérios objetivo e subjetivo 492

ESTATUTO DA TERRA - Vide: Lei 4.504/64

ESTELIONATO
Competência jurisdicional - Sujeito passivo - Empresa pública federal - ECT - Justiça Federal - Nulidade 428

Telefone celular - Habilitação - Uso de documento alheio - CPF - Fraude - Sujeito passivo - Companhia telefônica - Vantagem ilícita - Valoração da prova - Condenação - Pena de multa - Princípio da proporcionalidade - Antecedentes criminais - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Impossibilidade - Voto vencido 431

EXAME CRIMINOLÓGICO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 590

Habeas corpus - Execução da pena - Regime de cumprimento da pena - Progressão - Magistrado - Poder discricionário - Constrangimento ilegal - Não-caracterização - Valoração da prova - Inadmissibilidade - Denegação da ordem 513

EX-CÔNJUGE

Alimentos - Exoneração - Alimentada - Constituição de união estável - Prova - Cessação do dever - Repetição de indébito - Impossibilidade 159

EXECUÇÃO

Fazenda Pública - Precatório - Crédito - Não-satisfação - Extinção do processo - Impossibilidade 387

Possibilidade - Duplicata sem aceite - Embargos do devedor - Protesto - Entrega de mercadoria - Ônus da prova - Executividade - Pagamento - Recusa - Motivo - Fundamentação - Ausência . . .236

EXECUÇÃO DA PENA

Habeas corpus - Regime de cumprimento da pena - Progressão - Exame criminológico - Magistrado - Poder discricionário - Constrangimento ilegal - Não-caracterização - Valoração da prova - Inadmissibilidade - Denegação da ordem 513

Latrocínio - Sentença - Ministério Público - Recurso da acusação - Não-conhecimento - Crime hediondo - Progressão de regime - Possibilidade - Juízo competente - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 451

Unificação - Limite - Incidente de execução - Progressão de regime - Livramento condicional - Remição - Comutação - Prazo 510

EXECUÇÃO DE SENTENÇA

Embargos do devedor - Honorários de advogado - Executados não beneficiários da justiça gratuita - Título exigível - Imóvel rural - Área inferior ao módulo rural - Impenhorabilidade - Litigância de má-fé - Não-caracterização 99

EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Ação anulatória - SFH - DL 70/66 - Constitucionalidade - Devedor - Notificação - Ausência 178

EXECUÇÃO FISCAL

Redirecionamento - Sócio-gerente que figura na CDA como co-responsável - Legitimidade passiva - Possibilidade - Art. 2º, § 5º, I, da Lei 6.830/80 - Art. 202, I, do CTN - Art. 568, I, do CPC - Responsabilidade tributária - Decisão nas vias cognitivas (embargos à execução) - Distinção entre relação de direito processual (pressuposto para ajuizar a execução e relação de direito material (pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária) - Acórdão - Fundamentação suficiente - Negativa de prestação jurisdicional - Ausência (STJ) 545

EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Embargos de terceiro - Locação - Fiança - Imóvel do fiador - Bem de família - Penhora - Possibilidade - Art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 - Aplicabilidade - Legitimidade ativa - Cônjuge - Produto da arrematação - Ressalva da meação 294

EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA EM DESACORDO COM A PRESCRIÇÃO LEGAL

Crime contra as relações de consumo - Mercadoria deteriorada - Crime formal - Prova - Laudo pericial - Condenação - Comércio de bem essencial à vida ou à saúde - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade 521

EXTINÇÃO DO PROCESSO

Julgamento do mérito - Ausência - Ação popular - Agentes públicos - Litisconsórcio necessário - Citação - Indispensabilidade - Sucumbência - Isenção 106

EXTORSÃO

Crime formal - Vantagem indevida - Irrelevância - *Iter criminis* - Circunstância alheia - Crime consumado - Tentativa - Desclassificação do crime - Possibilidade 444

EXTORSÃO QUALIFICADA

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 591

Lesão corporal grave - Materialidade - Autoria - Dolo - Valoração da prova - Tipicidade - Constrangimento ilegal - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Causa de aumento de pena - Concurso de pessoas - Inaplicabilidade 489

- F -

FACTORING

Embargos do devedor - Direito de regresso - Inaplicabilidade - Nota promissória - Garantia - Requisitos de exigibilidade - Ausência - Nulidade da execução 152

FALÊNCIA

Massa falida - Figuração como autora ou litisconsorte ativa - Ação - Julgamento - Competência - Juízo cível - Exceção ao princípio da indivisibilidade falimentar - *Vis attractiva* - Não-ocorrência - Art. 76 da Lei nº 11.101/2005 173

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO

Prova - Ausência de laudo pericial - Absolvição 427

FALSIFICAÇÃO DE PAPEL PÚBLICO

Apropriação indébita - Falsificação de selo público - Crime-meio - Princípio da consunção - Crime continuado - Não-configuração 427

FALSIFICAÇÃO DE SELO PÚBLICO

Apropriação indébita - Falsificação de papel público - Crime-meio - Princípio da consunção - Crime continuado - Não-configuração 427

FAZENDA PÚBLICA

Execução - Precatório - Crédito - Não-satisfação - Extinção do processo - Impossibilidade 387

FIADOR

Locação - Aluguel - Execução - Locador e locatário - Acordo sobre condições de pagamento e reparo do imóvel - Anuência do fiador - Ausência - Novação - Inexistência - Fiança - Exoneração - Impossibilidade - Extensão até a entrega das chaves - Art. 39 da Lei 8.245/91 182

FIANÇA

Exoneração - Impossibilidade - Locação - Aluguel - Execução - Locador e locatário - Acordo sobre condições de pagamento e reparo do imóvel - Anuência do fiador - Ausência - Novação - Inexistência - Extensão da fiança até a entrega das chaves - Art. 39 da Lei 8.245/91 182

Locação - Imóvel do fiador - Bem de família - Penhora - Possibilidade - Art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 - Aplicabilidade - Execução provisória - Embargos de terceiro - Legitimidade ativa - Cônjuge - Produto da arrematação - Ressalva da meação 294

FORÇA MAIOR

Indenização - Danos materiais e morais - Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo - Responsabilidade objetiva - Nexo de causalidade - Não-ocorrência - Caracterização - Administração Pública - Escoamento de água pluvial - Conduta omissiva - Ausência de prova 204

FRAUDE

Estelionato - Telefone celular - Habilitação - Uso de documento alheio - Sujeito passivo - Companhia telefônica - Vantagem ilícita - Valoração da prova - Condenação 431

FRAUDE À FISCALIZAÇÃO

Crime contra a ordem tributária - ICMS - Crédito tributário - Saída de mercadoria - Nota fiscal - Redução e supressão de tributo - Pessoa jurídica - Gerente - Condenação - Crime continuado - Ministério Público - Ônus da prova 436

FUNÇÃO PÚBLICA

Servidor designado - Título precário - Dispensa *ad nutum* - Possibilidade - Estabilidade extraordinária - Direito líquido e certo - Inexistência - Mandado de segurança - Denegação da ordem - Arts. 105, 106 e 108 do ADCT da CE - Inaplicabilidade 38

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 592

FURTO

Receptação qualificada - Corrupção de menores - Posse irregular de arma de fogo - Prova indiciária - Princípio *in dubio pro reo* - Absolvição 475

Tentativa - Rompimento de obstáculo - Momento da ação - Ato preparatório - Ato de execução - Conduta típica - Caracterização - *Iter criminis* - Condenação 508

FURTO DE GADO - Vide abigeato

FURTO QUALIFICADO

Abigeato - Causa de aumento de pena - Repouso noturno - Inaplicabilidade 466

- G -

GRAVIDEZ

Interrupção - Má-formação do feto - Sobrevivência extra-uterina - Inviabilidade - Constatação médica - Aborto eugênico - Possibilidade - Autorização judicial - Procedência do pedido 138

GUARDA DE MENOR

Mãe - Assassinato do pai dos menores - Ré confessa - Ausência de julgamento - Avó paterna - Guarda definitiva - Pedido - Improcedência - Interesse do menor - Mãe - Exercício do poder familiar - Estudos psicossociais favoráveis 58

- H -

HABEAS CORPUS

Concessão - Ação penal - Crime contra as relações de consumo - Pena - Previsão alternativa de multa - Suspensão condicional do processo - Admissibilidade - Recusa de proposta pelo Ministério Público - Constrangimento ilegal caracterizado - *HC* concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida - Interpretação do art. 89 da Lei 9.099/95 (STF) 553

Crime de peculato-furto (§ 1º do art. 312 do CP) - Funcionário público - Condição elementar do tipo - Comunicação ao particular - Co-autor do delito (art. 30 do CP) - Prescrição antecipada - Impossibilidade (STF) . . .556

Execução da pena - Regime de cumprimento da pena - Progressão - Exame criminológico - Magistrado - Poder discricionário - Constrangimento ilegal - Não-caracterização - Valoração da prova - Inadmissibilidade - Denegação da ordem 513

Roubo duplamente qualificado - Aumento da pena em razão do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes - Ausência de fundamentação - Constrangimento ilegal configurado - Regime prisional mais gravoso - Impropriedade - Inobservância do disposto no art. 33, § 2º, alínea *b* e § 3º, do CP - Ordem concedida para fixar o aumento da pena pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao paciente (STJ) 531

***HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO**

Crime contra a vida - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Concurso material - Não-caracterização - Crime continuado - Admissibilidade - Coação ilegal - Concessão da ordem 447

HASTA PÚBLICA

Condomínio - Dissolução - Imóvel residencial - Bem indivisível - Alienação judicial - Possibilidade - Art. 1.322 do CC 374

HERANÇA

Direito - Espólio - Reserva de bens - Investigação de paternidade - Procedência da ação - Investigante - Direito à herança - Medida cautelar contra alienação de bens - Concessão 49

HOMICÍDIO

Latrocínio - Ocultação de cadáver - Dolo - Tipicidade - Concurso material - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Confissão extrajudicial - Retratação - Valoração da prova - Condenação 419

HOMICÍDIO CULPOSO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 593

Crime de trânsito - Atropelamento - Negligência - Valoração da prova - Condenação - Culpa concorrente - Compensação - Inadmissibilidade 504

HOMICÍDIO QUALIFICADO

Motivo torpe - Emboscada - Denúncia - Requisitos - Inépcia - Não-caracterização - Materialidade - Exame de corpo de delito - Autoria - Prova indiciária - Legítima defesa - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - Pronúncia - Juízo de admissibilidade - *In dubio pro societate* - Tráfico de entorpecentes - Lei mais benéfica - Desclassificação do crime - Prisão provisória - Legalidade 497

Motivo torpe - Quadrilha - Tribunal do Júri - Sentença penal condenatória - Intimação - Defensor dativo - Advogado constituído - Apelação criminal - Decurso de prazo - Intempestividade - Crime contra a vida - Concurso material - Não-caracterização - Crime continuado - Admissibilidade - *Habeas corpus* de ofício - Coação ilegal - Concessão da ordem 447

Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Veredicto - Soberania - Concurso de pessoas - Co-autoria - Caracterização - Tráfico de entorpecentes - Motivo torpe - Meio cruel - Surpresa - Crime hediondo - Fixação da pena - Regime inicial fechado - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

HOMOSSEXUALIDADE

União homoafetiva - Entidade familiar - União estável - Direitos - Reconhecimento - Art. 226, § 3º, da CF/88 - Aplicação por analogia - Princípio da igualdade - Princípio da dignidade da pessoa humana - Observância - Plano de saúde - Assistência médica - Assistência odontológica - Pensão previdenciária - Dependente - Parceiro - Inclusão - Possibilidade 403

HONORÁRIOS

Corretagem - Arbitramento - Contrato escrito - Ausência - Intermediação - Finalização do negócio - Prova - Creci - Inscrição - Inexigibilidade 201

Imutabilidade - Coisa julgada 80

Liquidante - Destituição - Múnus - Cumprimento parcial - Sociedade limitada - Dissolução - Honorários devido 341

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Compensação - Sucumbência recíproca - Acolhimento de apenas um dos pedidos da inicial - Sucumbência mínima - Inexistência - Art. 21, parágrafo único, do CPC - Inaplicabilidade 209

HOSPITAL

Internação - Unidade de tratamento intensivo - Prestação de serviços - Contrato - Assinatura - Pessoa abalada emocionalmente - Manifestação de vontade - Estado de perigo - Vício de consentimento - Negócio jurídico - Anulabilidade - Parente por afinidade - Art 156 do CC/2002 - Aplicabilidade - Interesse social - Prevalência - Despesas - Cobrança - Abusividade - Improcedência do pedido - Voto vencido 185

- I -

ICMS

Crime contra a ordem tributária - Crédito tributário - Fraude à fiscalização - Saída de mercadoria - Nota fiscal - Redução e supressão de tributo - Pessoa jurídica - Gerente - Condenação - Crime continuado - Ministério Público - Ônus da prova 436

Repartição da receita tributária - Municípios - Valor adicionado fiscal - Lei Estadual 13.803/2000 - Art. 158, IV e parágrafo único, da CF - Declaração incidental de inconstitucionalidade - Argüição de inconstitucionalidade - Reserva de plenário 43

ILEGALIDADE

Contribuição para custeio à saúde - Ipsemg - Exigência compulsória - Lei complementar

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 594

estadual 64/2002, art. 85 - Inconstitucionalidade 41

ILEGITIMIDADE ATIVA - Vide: *Legitimatio ad causam*

ILEGITIMIDADE PASSIVA - Vide: *Legitimatio ad causam*

IMÓVEL

Direito de retenção - Impossibilidade - Momento - Contestação 116

Fração ideal de condomínio - Bem indivisível - Alienação - Notificação do condômino - Obrigatoriedade - Art. 504 do CC - Direito de preferência - Depósito do preço - Compra e venda - Anulação do negócio 93

Tombamento - Patrimônio histórico - Demolição - Impossibilidade 307

IMÓVEL RURAL

Área inferior ao módulo rural - Impenhorabilidade 99

IMPENHORABILIDADE

Imóvel rural - Área inferior ao módulo rural 99

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ação civil pública - Dano ao erário - Indenização - Ministério Público - Legitimidade ativa - Possibilidade jurídica do pedido - Art. 127 e 129 da CF - Madeira doada ao município - Agente público - Venda - Apropriação indébita - Princípio da legalidade - Princípio da moralidade - Princípio da probidade - Violação - Co-réu - Exclusão da lide - Condenação - Abrandamento - Não-acolhimento - Penalidade - Aplicação - Art. 12 da Lei 8.429/92 - Art. 37, § 4º da CF - Cumulatividade das penas - Afastamento pelo juiz - Descabimento - Princípios da individualização da pena e da proporcionalidade - Observância 224

IMPULSO TELEFÔNICO

Conta telefônica - Cobrança - Pulsos excedentes - Matéria infraconstitucional - Ofensa reflexa - Art. 93, IX, da CF - Ofensa não configurada - Decisão devidamente fundamentada - Juizados especiais - Competência - Complexidade da causa - Matéria restrita ao âmbito da legislação infraconstitucional - Alegação de interesse da união - Motivo insuficiente para deslocamento da competência - Agravo - Caráter infundado - Aplicação do art. 557, § 2º, do CPC - Multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa - Posicionamento pacífico da Corte - Agravo Regimental a que se nega provimento (STF) 559

IMPUTABILIDADE

Latrocínio - Embriaguez voluntária - Elemento subjetivo do tipo - Dolo - Imputabilidade - Ônus da prova - Condenação 451

IN DUBIO PRO SOCIETATE

Homicídio qualificado - Motivo torpe - Emboscada - Materialidade - Exame de corpo de delito - Autoria - Prova indiciária - Legítima defesa - Absolvição sumária - Inadmissibilidade 497

INCAPAZ

Mandato - Nulidade - Negócio jurídico - Compra e venda - Escritura pública - Anulação - Registro de imóveis - Cancelamento - Doença - Psicose esquizofrênica - Curatela provisória 75

INCIDENTE DE EXECUÇÃO

Execução da pena - Unificação - Limite - Progressão de regime - Livramento condicional - Remição - Comutação - Prazo .510

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

Declaração - Ação ordinária - Nulidade de cláusulas contratuais cumulada com repetição de indébito - Relação de consumo - Ajuizamento - Domicílio do representante processual da parte - Foro estranho ao domicílio das partes e ao local da celebração ou de cumprimento do contrato - Escolha aleatória - Ausência de previsão legal - Princípio do juiz natural - Violação 368

INCONSTITUCIONALIDADE

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 595

Incidente - Lei 3.829/204 do Município de Contagem - Concurso público - Reserva de vagas para pessoas negras - Discriminação racial - Afronta ao princípio da isonomia - Ofensa aos arts. 3º, IV, e 5º da CF - Art. 37, VIII, da CF - Inaplicabilidade - Inconstitucionalidade declarada 37

Lei Complementar Estadual 64/2002, art. 85 - Ipsemg - Contribuição para custeio à saúde - Exigência compulsória - Ilegalidade . . .41

INDENIZAÇÃO

Acidente de trânsito - Culpa concorrente - Dano moral - Não-cabimento - Dano material - Divisão entre as partes - Percentual de 50% para cada parte - Valor recebido a título de Seguro obrigatório-DPVAT - Dedução do *quantum* indenizatório - Cicatriz leve - Dano estético - Não-configuração - Vítima - Ausência de incapacidade para o trabalho - Lucro cessante - Inexistência - Pensão vitalícia - Impossibilidade 239

Administração pública - Danos materiais e morais - Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo - Responsabilidade objetiva - Nexo de causalidade - Não-ocorrência - Força maior - Caracterização - Escoamento de água pluvial - Conduta omissiva - Ausência de prova 204

Acidente de trânsito - Representação processual - Advogado - Capacidade postulatória - Perda - Novo procurador - Ratificação de atos - Nulidade absoluta do feito - Inexistência - Princípio da economia processual - Prevalência 311

Cabimento - Compra e venda de imóvel - Quitação de tributos municipais - Previsão contratual - Obrigação de pagar - Descumprimento - Venda posterior a terceiros - Res inter alios em relação ao primitivo vendedor - Execução fiscal contra o vendedor - Dano material - Dano moral - Dever de indenizar 166

Cartório de registro de imóveis - Tabelião - Responsabilidade civil - Ato notarial - Dano material - Dever de indenizar - Valor - Dano moral - Não-caracterização 327

Dano ao erário - Ação civil pública - Defesa do patrimônio público - Possibilidade jurídica do pedido - Ministério Público - Legitimidade ativa 224

Dano moral - Internet - Anúncio de serviços sexuais - Legitimidade ativa - Legitimidade passiva - Responsabilidade solidária - Lei de Imprensa - Aplicação por analogia 126

Dano moral - Telefone celular - Defeito - Fase de garantia - Fabricante e vendedor - Responsabilidade solidária - Arts. 13 e 18 do CDC - Decisão *ultra petita* - Decote do excesso - Nulidade afastada - Valor da indenização - Arbitramento - Critério 144

Obra artística - Contratação pelo Município - Sentença - Liquidação por artigos - Homologação - Laudo de avaliação - Conclusão - Afastamento - Valor - Fixação de forma subjetiva - Perícia técnica - Necessidade - Processo de conhecimento - Contrariedade - Impossibilidade - Honorários - Imutabilidade - Coisa julgada 80

Pedido formulado por autarquia municipal em face da Cemig - Atraso no fornecimento de energia elétrica - Imagem afetada pelo suposto infortúnio derivado de relação contratual - Ausência - Dano moral - Não-configuração - Pessoa jurídica de direito público - Não-concorrência com outra entidade similar na prestação do serviço - Ato ilícito - Prova - Inexistência - Súmula 277 do STJ - Inaplicabilidade - Improcedência do pedido 104

Seguro - Invalidez - Prescrição ânua - Art. 178 do CC/1916 - Prazo - Termo inicial - Aposentadoria - Data da concessão . . .390

Telefone celular - Plano - Migração - Titular da linha - Ausência de autorização - Impossibilidade - Serasa - Nome do con-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 596

sumidor - Inscrição devida - Dano moral - Caracterização - Valor - Fixação 51

Veículo - Furto em estacionamento de *shopping center* - Responsabilidade civil - Súmula 130 do STJ - Aplicabilidade - Seguradora - Legitimidade ativa - Sub-rogação 411

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA
Princípio constitucional - Agente público - Improbidade administrativa - Co-réu - Afastamento da lide - Condenação - Abrandamento - Não-acolhimento - Penalidade - Art. 12 da Lei 8.429/92 - Art. 37, § 4º, da CF - Cumulatividade das penas - Afastamento pelo juiz - Descabimento .224

INÉPCIA
Não-caracterização - Denúncia - Requisitos - Ausência de *mutatio libelli* 516

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA
Violação de direito autoral - Elemento subjetivo do tipo - Materialidade - Autoria - Tipicidade - Estado de necessidade - Não-caracterização - Valoração da prova - Condenação 492

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO
Veículo clonado - Cancelamento - Condutor não identificado - Prova negativa - Impossibilidade - CRLV - Emissão 122

INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO
Denúncia - Concurso de crimes - Competência jurisdicional - Justiça Comum 475

INTEMPESTIVIDADE
Apelação criminal - Decurso de prazo - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Quadrilha - Tribunal do Júri - Sentença penal condenatória - Intimação - Defensor dativo - Advogado constituído - Intimação 447

INTERESSE DE AGIR
Presença - Ação monitória - Carência da ação - Ausência 218

INTERESSE PROCESSUAL - Vide: Interesse de agir

INTERNET
Indenização - Dano moral - Anúncio de serviços sexuais - Legitimidade ativa - Legitimidade passiva - Responsabilidade solidária - Lei de Imprensa - Aplicação por analogia 126

INTIMAÇÃO
Homicídio qualificado - Motivo torpe - Quadrilha - Tribunal do Júri - Sentença penal condenatória - Defensor dativo - Advogado constituído - Apelação criminal - Decurso de prazo - Intempestividade 447

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA
Descabimento - Ação monitória - Cheque prescrito - Agiotagem - Usura - Defesa para obstar a constituição de titulo executivo - Art. 3º da Medida Provisória 2.172-32/2001 - Inaplicabilidade 218

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
Investigado falecido - Reserva de bens - Procedência da ação - Investigante - Direito à herança - Medida cautelar contra alienação de bens - Concessão 49

IPSEMG
Contribuição para custeio à saúde - Natureza previdenciária - Ausência - Caráter de solidariedade - Inexistência - Exigência compulsória - Ilegalidade - Art. 85 da Lei Complementar Estadual 64/2002 - Inconstitucionalidade - Art. 149 da CF - Interpretação restritiva 41

IPVA
Ação Declaratória - Veículo - Venda - Detran - Comunicação - Ausência - Obrigação tributária - Vendedor - Responsabilidade solidária - Art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro - Aplicabilidade 214

Isenção - Deficiente físico - Veículo - Adaptação - Órgão do trânsito - Exigência - Cumprimento - Mandado de segurança - Concessão 67

ISENÇÃO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 597

IPVA - Deficiente físico - Veículo - Adaptação - Órgão do trânsito - Exigência - Cumprimento - Mandado de segurança - Concessão . .67

ITER CRIMINIS

Extorsão - Crime formal - Vantagem indevida - Irrelevância - Circunstância alheia - Crime consumado - Tentativa - Desclassificação do crime - Possibilidade 444

Vide também: Tentativa

JUIZADO ESPECIAL

Competência - Complexidade da causa - Matéria restrita ao âmbito da legislação infraconstitucional - Alegação de interesse da união - Motivo insuficiente para deslocamento da competência - Conta telefônica - Cobrança - Pulsos excedentes - Ofensa reflexa - Art. 93, IX, CF - Ofensa não configurada - Decisão devidamente fundamentada - Agravo - Caráter infundado - Aplicação do art. 557, § 2º, do CPC - Multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa - Posicionamento pacífico da Corte - Agravo regimental a que se nega provimento (STF) 559

Dissídio jurisprudencial em torno da aplicação do art. 89 da Lei 9.099//95 e do art. 299 do CP - Inexistência de proposta da suspensão condicional do processo - Recusa do Ministério Público no transcorrer do julgamento - Tema desprezado pelo Tribunal - Aplicação do art. 28 do CPP - Vista ao Procurador-Geral de Justiça - Diligência ao Tribunal *a quo* para cumprimento da determinação de remessa (STJ) 535

Lei 9.099/95, art. 89 - Interpretação - Ação penal - Crime contra as relações de consumo - Pena - Previsão alternativa de multa - Suspensão condicional do processo - Admissibilidade - Recusa de proposta pelo Ministério Público - Constrangimento ilegal caracterizado - *Habeas corpus* concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida - (STF) 553

JUÍZO DA FALÊNCIA

Exceção ao princípio da indivisibilidade falimentar - Massa falida - Figuração como autora ou litisconsorte ativa - Ação - Julgamento - Competência - Juízo cível - *Vis attractiva* - Não-ocorrência - Art. 76 da Lei nº 11.101/2005 173

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Homicídio qualificado - Motivo torpe - Emboscada - Materialidade - Exame de corpo de delito - Autoria - Prova indiciária - Legítima defesa - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - *In dubio pro societate* 497

JUROS DE MORA

Limite - Embargos do devedor - Cédula de crédito rural - Regularidade na contratação - Título executivo - Multa moratória - Capitalização semestral 71

Termo inicial 378

JUSTIÇA FEDERAL

Competência jurisdicional - Estelionato - Sujeito passivo - Empresa pública federal - ECT - Nulidade 428

- L -

LATROCÍNIO

Embriaguez voluntária - Elemento subjetivo do tipo - Imputabilidade - Ônus da prova - Condenação - Fixação da pena - Circunstância atenuante - Confissão espontânea - Sentença - Ministério Público - Recurso da acusação - Não-conhecimento - Crime hediondo - Progressão de regime - Possibilidade - Juízo competente - Execução da pena - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 451

Ocultação de cadáver - Dolo - Tipicidade - Concurso material - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Confissão extrajudicial - Retratação - Valoração da prova - Condenação 419

LAUDO DE AVALIAÇÃO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 598

Conclusão - Afastamento - Valor - Fixação de forma subjetiva - Perícia técnica - Necessidade - Processo de conhecimento - Contrariedade - Impossibilidade 80

LAUDO PERICIAL

Abigeato - Apropriação indébita - Receptação - Quadrilha - Crime continuado - Concurso material - Materialidade - Autoria - Princípio do livre convencimento - Valoração da prova - Condenação 466

Ausência - Prova - Falsificação de documento público – Absolvição 427

Crime contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Mercadoria deteriorada - Crime formal - Prova - Condenação - Comércio de bem essencial à vida ou à saúde - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade 521

LEGÍTIMA DEFESA

Homicídio qualificado - Motivo torpe - Emboscada - Materialidade - Exame de corpo de delito - Autoria - Prova indiciária - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - Pronúncia - Juízo de admissibilidade - *In dubio pro societate* 497

LEGITIMATIO AD CAUSAM

Ação revisional de contrato - Cumulação com repetição do indébito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Extinção do processo sem resolução do mérito - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Instituição bancária - Aquisição da totalidade das ações de outro banco - Instituição financeira subsidiária integral - Sucessão - Não-ocorrência - Sociedade que incorpora ações de outra - Personalidade jurídica distinta - Sociedade subsidiária integral - Personalidade jurídica própria - Art. 206, I, *d*, e art. 251 da Lei 6.404/76 275

Ação civil pública - Improbidade administrativa - Dano ao erário - Indenização - Ministério Público - Legitimidade ativa - Art. 127 e 129 da CF 224

Ação de alimentos - Menor sob poder familiar - Ministério Público - Ilegitimidade ativa .376

Execução fiscal - Redirecionamento - Sócio-gerente que figura na CDA como co-responsável - Legitimidade passiva - Possibilidade - Art. 2º, § 5º, I, da Lei 6.830/80 - Art. 202, I, do CTN - Art. 568, I, do CPC - Responsabilidade tributária - Decisão nas vias cognitivas (Embargos à execução) - Distinção entre relação de direito processual (pressuposto para ajuizar a execução e relação de direito material (Pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária) - (STJ) 545

Furto em estacionamento de *shopping center* - Responsabilidade civil - Súmula 130 do STJ - Aplicabilidade - Indenização - Seguradora - Legitimidade ativa - Sub-rogação 411

Indenização - Dano moral - Internet - Anúncio de serviços sexuais - Responsabilidade solidária - Lei de Imprensa - Aplicação por analogia 126

Locação - Fiança - Imóvel do fiador - Bem de família - Penhora - Possibilidade - Embargos de terceiro - Cônjuge - Defesa da meação - Legitimidade ativa 294

LEGITIMIDADE ATIVA - Vide: *Legitimatio ad causam*

LEGITIMIDADE PASSIVA - Vide: *Legitimatio ad causam*

LEI

n. 1.050/50, art. 12 - Aplicabilidade - Assistência judiciária - Ação monitória - Embargos - Despesas processuais - Condenação - Suspensão da exigibilidade 218

n. 4.504/64 - Art. 107, § 1º - Revogação pelo art. 520 do CPC - Arrendamento - Despejo 282

n. 4.591/64 - Violação - Ação demolitória - Prédio - Área comum - Edificação - Não-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 599

autorização - Unidade autônoma - Demolição - Imposição 196

n. 4.886/65, art. 43 - Cláusula *del credere* - Contrato - Representação comercial - Inclusão - Proibição 248

n. 6.404/76 - Art. 206, I, *d* e 251 - Sociedade que incorpora ações de outra - Personalidade jurídica distinta - Sociedade subsidiária integral - Personalidade jurídica própria 275

n. 6.830/80, art. 2º, § 5º , I - Responsabilidade tributária - Execução fiscal - Redirecionamento - Sócio-gerente que figura na CDA como co-responsável - Legitimidade passiva - Possibilidade - Distinção entre relação de direito processual (pressuposto para ajuizar a execução e relação de direito material (Pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária) (STJ) 545

n. 8.009/90, art. 3º, VII - Aplicabilidade - Locação - Imóvel do fiador - Bem de família - Penhora - Possibilidade 294

n. 8.429/92, art. 12 - Improbidade administrativa - Dano ao erário - Agente público - Princípio da legalidade - Princípio da moralidade - Princípio da probidade - Violação - Có-réu - Exclusão da lide - Condenação - Abrandamento - Não-acolhimento - Penalidade - Cumulatividade das penas - Afastamento pelo juiz - Descabimento - Princípios da individualização da pena e da proporcionalidade - Observância 224

n. 9.099/95, art. 89 - Interpretação - Ação penal - Crime contra as relações de consumo - Pena - Previsão alternativa de multa - Suspensão condicional do processo - Admissibilidade - Recusa de proposta pelo Ministério Público - Constrangimento ilegal caracterizado - *Habeas corpus* concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida - Interpretação do art. 89 da Lei 9.099/95 (STF) 553

n. 9.099/95, art. 89 - Ministério Público - Proposta de suspensão do processo - Recusa - Impossibilidade - Vista ao Procurador-Geral de Justiça - Art. 28 do CPP - Aplicabilidade (STJ) 535

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL

n. 64/2002, art. 85 - Inconstitucionalidade - Ipsemg - Contribuição para custeio à saúde - Natureza previdenciária - Ausência - Caráter de solidariedade - Inexistência - Exigência compulsória - Ilegalidade - Art. 149 da CF - Interpretação restritiva 41

LEI DE IMPRENSA

Lei nº 5250/67 - Aplicação por analogia - Indenização - Dano moral - Internet - Anúncio de serviços sexuais - *Legitimatio ad causam* 126

LEI ESTADUAL

n. 14.940/03 - Taxa de controle e fiscalização ambiental do Estado de Minas Gerais (TFAMG) - Base de cálculo - Constitucionalidade 314

LEI MAIS BENÉFICA

Aplicabilidade - Critérios - Tráfico de entorpecentes - Testemunha - Retratação - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Causa de aumento - Adolescente - Menor de vinte e um anos - Causa de diminuição - Réu primário - Bons antecedentes 457

Aplicabilidade - Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Veredicto - Soberania - Concurso de pessoas - Co-autoria - Caracterização - Tráfico de entorpecentes - Motivo torpe - Meio cruel - Surpresa - Crime hediondo - Fixação da pena - Regime inicial fechado 423

Aplicabilidade - Latrocínio - Sentença - Ministério Público - Recurso da acusação - Não-conhecimento - Crime hediondo - Progressão de regime - Possibilidade - Juízo competente - Execução da pena - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 451

Tráfico de entorpecentes - Associação eventual - Causa de aumento de pena - Inaplicabilidade 480

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 600

LESÃO CORPORAL
Tortura - Crime próprio - Desclassificação do crime - Possibilidade - Condenação - Pena privativa de liberdade - Restritiva de direitos - Substituição - Inadmissibilidade 502

LESÃO CORPORAL GRAVE
Extorsão qualificada - Materialidade - Autoria - Dolo - Valoração da prova - Tipicidade - Constrangimento ilegal - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Causa de aumento de pena - Concurso de pessoas - Inaplicabilidade 489

LIBERDADE DE CRENÇA
Município - Ensino público - Distribuição gratuita de obra literária - Preconceito de religião - Ministério Público - Compromisso de ajustamento de conduta - Recolhimento de exemplares - Escritor - Liberdade de manifestação do pensamento - Princípios constitucionais - Conflito - Ponderação axiológica - Princípio da proporcionalidade - Estado laico - Prevalência - Censura - Não-ocorrência - Mandado de segurança - Denegação da ordem 285

LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO
Mandado de segurança - Município - Ensino público - Distribuição gratuita de obra literária - Preconceito de religião - Ministério Público - Compromisso de ajustamento de conduta - Recolhimento de exemplares - Escritor - Princípios constitucionais - Conflito - Ponderação axiológica - Princípio da proporcionalidade - Estado laico - Liberdade de crença - Prevalência - Censura - Não-ocorrência - Denegação da ordem 285

LICENÇA SEM REMUNERAÇÃO - Vide: Servidor público 122

LIMITE DA PENA
Execução - Unificação - Limite - Incidente - Progressão de regime - Livramento condicional - Remição - Comutação - Prazo .510

LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS - Vide: Sentença

LIQUIDANTE
Sociedade limitada - Dissolução - Destituição - Múnus - Cumprimento parcial - Honorários devidos 341

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Inocorrência - Violação de dever processual - Ausência 218

Não-caracterização - Presunção - Impossibilidade 99

LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO
Ação popular - Agentes públicos - Citação - Indispensabilidade - Processo - Extinção - Julgamento do mérito - Ausência - Sucumbência - Isenção 106

LIVRAMENTO CONDICIONAL
Execução da pena - Unificação - Limite - Incidente de execução - Progressão de regime - Livramento condicional - Remição - Comutação - Prazo 510

LOCAÇÃO
Aluguel - Execução - Embargos do devedor - Locador e locatário - Acordo sobre condições de pagamento e reparo do imóvel - Anuência do fiador - Ausência - Novação - Inexistência - Fiança - Exoneração - Impossibilidade - Extensão até a entrega das chaves - Art. 39 da Lei 8.245/91 . .182

CDC - Inaplicabilidade - Despejo - Aluguel e encargos - Ação de cobrança - Cumulação de ações - Depósito em juízo - Pedido - Formulação em momento inadequado - Não- apreciação - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Multa contratual - Redução - Lei do Inquilinato - Estabelecimento de parâmetros - Desocupação do imóvel - Prazo - Art. 62, II, da Lei nº 8.245/91 - Correção monetária - Termo inicial - Inadimplemento da obrigação - *Reformatio in pejus* - Impossibilidade 399

LOCAÇÃO
Fiança - Imóvel do fiador - Bem de família - Penhora - Possibilidade - Art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 - Aplicabilidade - Execução provisória - Embargos de terceiro - Legitimidade

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 601

ativa - Cônjuge - Produto da arrematação - Ressalva da meação 294

LOTEAMENTO

Registro superior a 30 anos - Construção - Pedido de licença - Área de preservação permanente - Único lote - Instituição - Impossibilidade - Áreas contíguas edificadas - Princípio da isonomia - Contrariedade - Direito de propriedade - Prevalência . . .110

LUCRO CESSANTE

Inexistência - Acidente de trânsito - Indenização - Vítima - Ausência de incapacidade para o trabalho - Pensão vitalícia - Impossibilidade 239

- M -

MAGISTRADO

Poder discricionário - *Habeas corpus* - Execução da pena - Regime de cumprimento da pena - Progressão - Exame criminológico - Constrangimento ilegal - Não-caracterização - Valoração da prova - Inadmissibilidade - Denegação da ordem 513

MANDADO DE SEGURANÇA

Concessão - Câmara Municipal - Abuso de poder - Vereador - Fiscalização - Documento público - Impedimento de acesso - Ilegalidade 416

Concessão - Comissão parlamentar de inquérito - Composição - Proporcionalidade partidária - Inobservância - Art. 58, § 1º, da CF 77

Concessão - Concurso público - Candidato - Aprovação - Doença - Aids - Edital - Previsão - Ausência - Negativa de posse - Impossibilidade - Princípio da isonomia - Princípio da legalidade - Violação 175

Concessão - Infração de trânsito - Veículo clonado - Condutor não identificado - Prova - Multa - Cancelamento - CRLV - Emissão 401

Concessão - IPVA - Isenção - Deficiente físico - Veículo - Adaptação - Órgão do trânsito - Exigência - Cumprimento 67

Concessão - Menor de 18 anos - Aprovação em concurso vestibular - Realização do exame supletivo - Possibilidade - Pedido de inscrição no ensino médio - Recusa - Inadmissibilidade - Educação - Garantia constitucional - Idade mínima - Princípio da razoabilidade - Estudante - Acesso a níveis mais elevados de ensino - Art. 208, V, da CF 55

Concessão - Servidor público - Ipsemg - Contribuição para custeio à saúde - Exigência compulsória - Ilegalidade - Art. 85 da Lei Complementar Estadual 64/2002 - Inconstitucionalidade - Art. 149 da CF - Interpretação restritiva 41

Denegação - Município - Ensino público - Distribuição gratuita de obra literária - Preconceito de religião - Ministério Público - Compromisso de ajustamento de conduta - Recolhimento de exemplares - Escritor - Liberdade de manifestação do pensamento - Princípios constitucionais - Conflito - Ponderação axiológica - Princípio da proporcionalidade - Liberdade de crença - Prevalência - Censura - Não-ocorrência 285

Denegação - Servidor designado - Função pública - Título precário - Estabilidade extraordinária - Direito líquido e certo - Inexistência - Art. 105, 106 e 108 do ADCT da CE - Inaplicabilidade 38

Denegação - Servidor público municipal - Licença sem remuneração - Prazo indeterminado - Acompanhamento de cônjuge - Pedido de prorrogação - Indeferimento - Autonomia do Município - Direito líquido e certo - Ausência 122

Denegação - SUS - Fornecimento de medicamento - Recusa - Legalidade - Despesa pública - Disponibilidade econômica - Teoria da reserva do possível - Orçamento -

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 602

Princípio da isonomia - Controle judicial - Limite - Estado - Legitimidade passiva - Ausência de direito líquido e certo - Voto vencido 349

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO

Taxa de controle e fiscalização ambiental do Estado de Minas Gerais (TFAMG) - Legalidade - Base de cálculo - Lei Estadual nº 14.940/03 - Constitucionalidade - Potencial de poluição - Nível de uso de recursos naturais - Tamanho do empreendimento fiscalizado - Método quantitativo - Princípios constitucionais da proporcionalidade e da retributividade - Bitributação - Não-configuração 314

MANDATO

Nulidade - Negócio jurídico - Agente incapaz - Imóvel - Compra e venda - Escritura pública - Anulação - Registro de imóveis - Cancelamento 75

MASSA FALIDA

Figuração como autora ou litisconsorte ativa - Ação - Julgamento - Competência - Juízo cível - Exceção ao princípio da indivisibilidade do juízo falimentar - *Vis attractiva* - Não-ocorrência - Art. 76 da Lei nº 11.101/2005 173

MATERIALIDADE

Abigeato - Apropriação indébita - Receptação - Quadrilha - Crime continuado - Concurso material - Autoria - Laudo pericial - Requisito - Princípio do livre convencimento - Valoração da prova - Condenação 466

Extorsão qualificada - Lesão corporal grave - Autoria - Dolo - Valoração da prova - Tipicidade - Constrangimento ilegal - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Causa de aumento de pena - Concurso de pessoas - Inaplicabilidade 489

Homicídio qualificado - Motivo torpe - Emboscada - Materialidade - Exame de corpo de delito - Autoria - Prova indiciária - Legítima defesa - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - Pronúncia - Juízo de admissibilidade - *In dubio pro societate* 497

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Veículo automotor - Roubo impróprio - Quadrilha armada - Autoria - Valoração da prova - Condenação 439

Violação de direito autoral - Contrafação - Jóia - Autoria - Prova - Condenação - Pena de multa - Valor 516

Violação de direito autoral - Elemento subjetivo do tipo - Autoria - Tipicidade - Inexigibilidade de conduta diversa - Estado de necessidade - Não-caracterização - Valoração da prova - Condenação 492

MEDICAMENTO

Fornecimento - SUS - Secretaria de saúde - Recusa - Legalidade - Despesa pública - Disponibilidade econômica - Teoria da reserva do possível - Orçamento - Princípio da isonomia - Controle judicial - Limite - Estado - Legitimidade passiva - Ausência de direito líquido e certo - Mandado de segurança - Denegação da ordem - Voto vencido 349

MEDIDA CAUTELAR

Impetração para impedir alienação de bens do espólio - Concessão - Investigação de paternidade - Reserva de bens - Procedência da ação - Investigante - Direito à herança . .49

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA

Liminar - Requisitos - Presença - Concessão - Contrato - Propriedade industrial - Normas de proteção 113

MEDIDA PROVISÓRIA

n. 2.172-32/2001, art. 3º - Inaplicabilidade - Ação monitória - Cheque prescrito - Agiotagem - Usura - Defesa para obstar a constituição do título executivo - Inversão do ônus da prova - Descabimento 218

MEIO CRUEL

Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Veredicto - Soberania -

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 603

Concurso de pessoas - Co-autoria - Caracterização - Tráfico de entorpecentes - Motivo torpe - Surpresa - Crime hediondo - Fixação da pena - Regime inicial fechado - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

MENOR

Guarda - Mãe - Assassinato do pai dos menores - Ré confessa - Ausência de julgamento - Avó paterna - Guarda definitiva - Pedido - Improcedência - Interesse do menor - Mãe - Exercício do poder familiar - Estudos psicossociais favoráveis 58

MERCADORIA DETERIORADA

Crime contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Mercadoria deteriorada - Crime formal - Prova - Laudo pericial - Condenação - Comércio de bem essencial à vida ou à saúde - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade 521

MICROEMPRESA

Dos emolumentos do protesto e as microempresas - Doutrina - Moacyr Borges de Castro Figueirôa 19

MILITAR

Falecimento - IPSM - Ex-mulher - Alimentos fornecidos pelo segurado - Dependência econômica - Direito à pensão previdenciária na mesma proporção da pensão alimentícia - Tutela antecipada - Verossimilhança das alegações - Prova inequívoca - Concessão da medida 169

MINISTÉRIO PÚBLICO

Ação civil pública - Improbidade administrativa - Dano ao erário - Indenização - Legitimidade ativa - Possibilidade jurídica do pedido - Arts. 127 e 129 da CF 224

Ilegitimidade ativa - Ação de alimentos - Menor sob poder familiar 376

Latrocínio - Sentença - Ministério Público - Recurso da acusação - Não-conhecimento - Crime hediondo - Progressão de regime - Possibilidade - Juízo competente - Execução da pena - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 451

Ônus da prova - Crime contra a ordem tributária - ICMS - Crédito tributário - Fraude à fiscalização - Saída de mercadoria - Nota fiscal - Redução e supressão de tributo - Pessoa jurídica - Gerente - Condenação - Crime continuado - Ministério Público - Ônus da prova 436

Proposta de suspensão do processo - Recusa - Impossibilidade - Art. 89, *caput* da Lei 9.099/95 - Vista ao Procurador-Geral de Justiça - Art. 28 do CPP - Aplicabilidade - Diligência ao Tribunal *a quo* para providenciar a oitiva do Procurador-Geral de Justiça (STJ) 535

Recusa de proposta - Suspensão condicional do processo - Constrangimento ilegal caracterizado - *Habeas corpus* concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida - Lei 9.099/95, art. 89 - Interpretação - Ação penal - Crime contra as relações de consumo - Pena - Previsão alternativa de multa - Suspensão condicional do processo - Admissibilidade (STF) 553

MOTIVO TORPE

Homicídio qualificado - Emboscada - Materialidade - Exame de corpo de delito - Autoria - Prova indiciária - Legítima defesa - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - Pronúncia - Juízo de admissibilidade - *In dubio pro societate* 497

Homicídio qualificado - Quadrilha - Tribunal do Júri - Sentença penal condenatória - Intimação - Defensor dativo - Advogado constituído - Apelação criminal - Decurso de prazo - Intempestividade 447

Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Veredicto - Soberania - Concurso de pessoas - Co-autoria - Caracterização - Tráfico de entorpecentes - Meio cruel - Surpresa - Crime hediondo -

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 604

Fixação da pena - Regime inicial fechado - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

MULTA MORATÓRIA

Capitalização semestral - Embargos do devedor - Cédula de crédito rural - Regularidade na contratação - Título executivo - Juros de mora - Limite 71

MUTATIO LIBELLI

Ausência - Denúncia - Requisitos - Inépcia - Não-caracterização 516

- N -

NEGLIGÊNCIA

Homicídio culposo - Crime de trânsito - Atropelamento - Valoração da prova - Condenação - Culpa concorrente - Compensação - Inadmissibilidade 504

NEGÓCIO JURÍDICO

Anulabilidade - Contrato - Prestação de serviços - Assinatura - Pessoa abalada emocionalmente - Manifestação de vontade - Estado de perigo - Vício de consentimento - Parente por afinidade - Art. 156 do CC/2002 - Aplicabilidade - Interesse social - Prevalência - Despesas de internação hospitalar - Unidade de tratamento intensivo - Cobrança - Abusividade - Improcedência do pedido - Voto vencido 185

Agente incapaz - Compra e venda de imóvel - Escritura pública - Anulação - Registro de imóveis - Cancelamento - Mandato - Nulidade 75

NOME DE CASADA

Manutenção - Art. 25, II da Lei 6515/77 - Divórcio direto - Separação de corpos - Biênio factual - Boletim de ocorrência - Prova válida de tempo - Alimentos - Filhos - Fixação 135

NORMA PENAL EM BRANCO

Crime contra o meio ambiente - Pesca predatória - Autoria - Área interditada - Ausência de documento - Testemunha - Prova indiciária - Princípio in dúbio pro reo - Absolvição 528

NOTA FISCAL

Crime contra a ordem tributária - ICMS - Crédito tributário - Fraude à fiscalização - Saída de mercadoria - Redução e supressão de tributo - Pessoa jurídica - Gerente - Condenação - Crime continuado - Ministério Público - Ônus da prova 436

NOTA PROMISSÓRIA

Garantia - Requisitos de exigibilidade - Ausência - Nulidade da execução - Embargos do devedor - *Factoring* - Direito de regresso - Inaplicabilidade 152

NOVAÇÃO

Inexistência - Locação - Aluguel - Execução - Locador e locatário - Acordo sobre condições de pagamento e reparo do imóvel - Anuência do fiador - Fiança - Exoneração - Impossibilidade - Extensão até a entrega das chaves - Art. 39 da Lei 8.245/91 . .182

NULIDADE

Competência jurisdicional - Estelionato - Sujeito passivo - Empresa pública federal - ECT - Justiça Federal 428

- O -

ÓBITO - Vide: Registro de óbito

OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ação declaratória - Veículo - Venda - Detran - Comunicação - Ausência - IPVA - Vendedor - Responsabilidade solidária - Art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro - Aplicabilidade 214

OCULTAÇÃO DE CADÁVER

Latrocínio - Dolo - Tipicidade - Concurso material - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Confissão extrajudicial - Retratação - Valoração da prova - Condenação 419

ÔNUS DA PROVA

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 605

Crime continuado - Ministério Público - Crime contra a ordem tributária - ICMS - Crédito tributário - Fraude à fiscalização - Saída de mercadoria - Nota fiscal - Redução e supressão de tributo - Pessoa jurídica - Gerente - Condenação - Crime continuado - Ministério Público 436

Latrocínio - Embriaguez voluntária - Elemento subjetivo do tipo - Dolo - Imputabilidade - Condenação 451

Valor indevido - Devedor - Ação monitória - Cheque prescrito - Título hábil - Cópia autenticada - Possibilidade 131

OPERADORA DE TELEFONIA

Repetição do indébito - Litisconsórcio - Inexistência - Justiça Estadual - Competência - Decadência - Inocorrência - Impulso telefônico além da franquia - Detalhamento da fatura - Anatel - Resolução 85/98 - Art. 7º do Decreto 4733/03 - Prazo - Estipulação 338

- P -

PASSAGEM AÉREA

Venda - Cartão de crédito - Assinatura em arquivo - Irregularidade na transação - Cancelamento pela operadora - Empresa de turismo - Agência de viagem - Responsabilidade - Ação declaratória - Inexistência de débito 279

PATERNIDADE - Vide: Ação negatória de paternidade - Investigação de paternidade

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Ação negatória de paternidade - Anulação de registro de nascimento - Exoneração de alimentos - Cumulação de ações - DNA .163

PATRIMÔNIO HISTÓRICO

Tombamento - Imóvel - Demolição - Impossibilidade 307

PECULATO-FURTO

§ 1º do art. 312 do CP - Funcionário Público - Condição elementar do tipo - Comunicação ao particular - Co-autor do delito (art. 30 do CP) - Prescrição antecipada - Impossibilidade (STF) 556

PENA

Causa de aumento - Abigeato - Furto qualificado - Repouso noturno - Inaplicabilidade 466

Fixação - Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Veredicto - Soberania - Concurso de pessoas - Co-autoria - Caracterização - Tráfico de entorpecentes - Motivo torpe - Meio cruel - Surpresa - Crime hediondo - Fixação da pena - Regime inicial fechado - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

Fixação - Latrocínio - Circunstância atenuante - Confissão espontânea 451

Fixação - Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Veículo automotor - Roubo impróprio - Quadrilha armada - Princípio da legalidade - Pena de multa - Inadmissibilidade 439

Fixação - Tráfico de entorpecentes - Causa de aumento de pena - Adolescente - Menor de vinte e um anos - Causa de diminuição de pena - Réu primário - Bons antecedentes - Lei mais benéfica - Aplicabilidade - Critérios 457

Roubo qualificado - Emprego de arma e concurso de agentes - Aumento da pena em decorrência das duas qualificadoras - Fixação acima do mínimo legal - Ausência de fundamentação - Consideração apenas do critério matemático - Irregularidade - *Habeas corpus* - Ordem concedida para fixar o aumento da pena pelas duas qualificadoras no mínimo legal (STJ) 531

PENA-BASE

Fixação no mínimo legal - Circunstâncias judiciais favoráveis ao réu - Reconhecimento - Regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito -

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 606

Inteligência do art. 33, § 2º, alínea *b* e § 3º, e art. 59, ambos do CP (STF) 531

PENA DE MULTA

Critérios objetivo e subjetivo 492

Inadmissibilidade - Quadrilha armada - Princípio da legalidade 439

Pena privativa de liberdade - Princípio da proporcionalidade 431

Previsão alternativa - Suspensão condicional do processo - Admissibilidade - Recusa de proposta pelo Ministério Público - Constrangimento ilegal caracterizado - Habeas corpus concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida - Interpretação do art. 89 da Lei 9.099/95(STF) 553

Valor - Violação de direito autoral - Contrafação - Jóia - Materialidade - Autoria - Condenação 516

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Substituição - Antecedentes criminais - Pena restritiva de direitos - Impossibilidade . . .431

Tortura - Crime próprio - Lesão corporal - Desclassificação do crime - Possibilidade - Condenação - Pena privativa de liberdade - Restritiva de direitos - Inadmissibilidade 502

Tráfico de entorpecentes - Corrupção de menores - Pena restritiva de direitos - Substituição - Impossibilidade - Princípios da suficiência e da necessidade 480

PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Inadmissibilidade - Tortura - Crime próprio - Lesão corporal - Desclassificação do crime - Possibilidade - Condenação - Pena privativa de liberdade 502

Pena privativa de liberdade - Substituição - Impossibilidade 431

Tráfico de entorpecentes - Corrupção de menores - Pena privativa de liberdade - Substituição - Impossibilidade - Princípios da suficiência e da necessidade 480

PENHORA

Possibilidade - Bem de família - Locação - Fiança - Bem imóvel do fiador - Art. 3º, VII da Lei 8.009/90 - Aplicabilidade 294

PENHORABILIDADE

Bem de família - Imóvel de uso misto - Cômodo não residencial - Meação respeitada . .103

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA

IPSM - Militar - Falecimento - Ex-mulher - Alimentos fornecidos pelo segurado - Dependência econômica - Direito à pensão previdenciária na mesma proporção da pensão alimentícia - Tutela antecipada - Verossimilhança das alegações - Prova inequívoca - Concessão da medida . . .169

União homossexual - Plano de saúde - Assistência médica - Assistência odontológica - Dependente - Parceiro - Inclusão - Possibilidade - Entidade familiar - União estável - Direitos - Reconhecimento - Art. 226, § 3º da CF/88 - Aplicação por analogia - Princípio da igualdade - Princípio da dignidade da pessoa humana - Observância 403

PENSÃO VITALÍCIA

Impossibilidade - Acidente de trânsito - Indenização - Vítima - Ausência de incapacidade para o trabalho - Lucro cessante - Inexistência 239

PERDAS E DANOS

Rescisão contratual - Cumulação de pedidos - Posto de combustível - Serviços afins - Contrato de arrendamento - Obrigações - Descumprimento - Pacta sunt servanda - Violação - Inadmissibilidade 318

PERÍCIA

Trabalhos não iniciados - Oferecimento dos quesitos a qualquer tempo - Possibilidade - Prazo do artigo 421, § 1º, do CPC -

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 607

Preclusão - Inexistência - Princípio da ampla defesa - Princípio do contraditório - Princípio da igualdade de tratamento às partes - Princípio da verdade real - Aplicabilidade 253

Vide também: Laudo pericial - Prova pericial

PESCA PREDATÓRIA

Crime contra o meio ambiente - Autoria - Norma penal em branco - Sisnama - Área interditada - Ausência de documento - Testemunha - Prova indiciária - Princípio *in dubio pro reo* - Absolvição 528

PESSOA JURÍDICA

Gerente - Condenação - Crime contra a ordem tributária - ICMS - Crédito tributário - Fraude à fiscalização - Saída de mercadoria - Nota fiscal - Redução e supressão de tributo - Crime continuado - Ministério Público - Ônus da prova 436

Sociedade subsidiária integral - Sociedade que incorpora ações de outra - Personalidade jurídica distinta - Art. 206, I, d, e art. 251 da Lei 6.404/76 - Instituição bancária - Aquisição da totalidade das ações de outro banco - Instituição financeira subsidiária integral - Sucessão - Não-ocorrência - Ação revisional de contrato - Cumulação com repetição do indébito - Ilegitimidade passiva ad causam - Extinção do processo sem resolução do mérito - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência 275

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

Não-concorrência com outra entidade similar na prestação do serviço - Indenização - Pedido formulado por autarquia municipal em face da Cemig - Atraso no fornecimento de energia elétrica - Dano moral - Não-caracterização - Imagem afetada pelo suposto infortúnio derivado de relação contratual - Ausência - Ato ilícito - Prova - Inexistência - Súmula 277 do STJ - Inaplicabilidade - Improcedência do pedido 104

PETIÇÃO INICIAL

Inépcia - Ausência - Ação monitória 218

Inépcia - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência 318

PLANO DE SAÚDE

Ação de cobrança - Valores pagos - Reembolso - Procedimentos sem exclusão expressa - Negativa de autorização - Inadmissibilidade - Cláusula contratual - Redação dúbia - Código de Defesa do Consumidor - Aplicação 189

PODER DISCRICIONÁRIO

Habeas corpus - Execução da pena - Regime de cumprimento da pena - Progressão - Exame criminológico - Magistrado - Constrangimento ilegal - Não-caracterização - Valoração da prova - Inadmissibilidade - Denegação da ordem 513

PODER FAMILIAR

Exercício - Mãe - Assassinato do pai dos menores - Ré confessa - Ausência de julgamento - Interesse dos menores - Estudos psicossociais favoráveis 58

POLICIAL MILITAR

Tráfico de entorpecentes - Corrupção de menores - Crime formal - Testemunha - Validade - Valoração da prova - Condenação 480

POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO

Receptação qualificada - Furto - Corrupção de menores - Prova indiciária - Princípio *in dubio pro reo* - Absolvição 475

POSSESSÓRIA - Vide: Reintegração de posse

POSSIBILIDADADE JURÍDICA DO PEDIDO

Ação civil pública - Improbidade administrativa - Dano ao erário - Indenização - Ministério Público - Legitimidade ativa - Art. 127 e 129 da CF 224

POSTO DE COMBUSTÍVEL

Serviços afins - Contrato de arrendamento - Obrigações - Descumprimento - *Pacta sunt*

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 608

servanda - Violação - Inadmissibilidade - Reintegração de posse - Possibilidade . .318

PRAZO

Decurso - Apelação criminal - Intempestividade - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Quadrilha - Tribunal do Júri - Sentença penal condenatória - Intimação - Defensor dativo - Advogado constituído 447

Execução da pena - Unificação - Limite - Incidente de execução - Progressão de regime - Livramento condicional - Remição - Comutação - Prazo 510

PRECATÓRIO

Crédito - Não-satisfação - Execução - Fazenda Pública - Extinção do processo - Impossibilidade 387

PRECONCEITO DE RELIGIÃO

Município - Ensino público - Distribuição gratuita de obra literária - Ministério Público - Compromisso de ajustamento de conduta - Recolhimento de exemplares - Escritor - Liberdade de manifestação do pensamento - Princípios constitucionais - Conflito - Ponderação axiológica - Princípio da proporcionalidade - Estado laico - Liberdade de crença - Prevalência - Censura - Não-ocorrência - Mandado de segurança - Denegação da ordem 285

PRESCRIÇÃO ÂNUA

Art. 178 do CC/1916 - Prazo - Termo inicial - Aposentadoria - Data da concessão . . .390

PRESTAÇÃO DE CONTAS

Ação pessoal - Prescrição - Prazo - Gestora de plano de previdência privada - Prestação de contas aos participantes - Dever - Julgamento - Competência - EC nº 20/1998 - Art. 202, § 2º, da CF - Possibilidade jurídica do pedido - *Legitimatio ad causam* .255

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Contrato - Ensino superior - Cláusula - Revisão - Preço - Princípio da autonomia universitária - Direito do consumidor - Interpretação - Repetição em dobro - Art. 42 do CDC - Inaplicabilidade 324

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL

Ensino superior - Contrato - Cláusula - Revisão - Preço - Princípio da autonomia universitária - Direito do consumidor - Interpretação - Repetição em dobro - Art.42 do CDC - Inaplicabilidade 324

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Contrato - Assinatura - Pessoa abalada emocionalmente - Manifestação de vontade - Estado de perigo - Vício de consentimento - Negócio jurídico - Anulabilidade - Parente por afinidade - Art. 156 do CC/2002 - Aplicabilidade - Interesse social - Prevalência - Despesas de internação hospitalar - Unidade de tratamento intensivo - Cobrança - Abusividade - Improcedência do pedido - Voto vencido 185

PREVIDÊNCIA

Ipsemg - Contribuição para custeio à saúde - Natureza previdenciária - Ausência - Caráter de solidariedade - Inexistência - Exigência compulsória - Ilegalidade - Art. 85 da Lei Complementar Estadual 64/2002 - Inconstitucionalidade - Art. 149 da CF - Interpretação restritiva 41

PREVIDÊNCIA PRIVADA

Abono - Natureza salarial - Concessão aos ativos - Extensão aos inativos - Convenção coletiva de trabalho - Previdência complementar - Princípio da igualdade - Art. 5º da CF - Voto vencido 378

Gestora de plano de previdência privada - Prestação de contas aos participantes - Dever - Ação - Julgamento - Competência - EC nº 20/1998 - Art. 202, § 2º da CF - Possibilidade jurídica do pedido - *Legitimatio ad causam* 255

PRINCÍPIO

Ampla defesa - Contraditório - Igualdade de tratamento às partes - Busca da verdade real - Aplicabilidade - Prova pericial - Oferecimento de quesitos - Perícia - Trabalhos não iniciados - Apresentação dos quesitos a qualquer tempo - Possibilidade - Prazo do § 1º do art. 421 do CPC - Preclusão - Inexistência 253

PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 609

Apropriação indébita - Falsificação de papel público - Falsificação de selo público - Crime continuado - Não-configuração 427

PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Violação - Candidato - Aprovação - Doença - Aids - Edital - Previsão - Ausência - Negativa de posse - Impossibilidade - Mandado de segurança - Concessão da ordem 175

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Quadrilha armada - Pena de multa - Inadmissibilidade 439

Violação - Agente público - Venda de madeira doada ao município - Apropriação do valor arrecadado - Dano ao erário - Improbidade administrativa - Penalidade - Art. 12 da Lei 8.429/92 - Art. 37, § 4º, da CF 224

Violação - Candidato - Aprovação - Doença - Aids - Edital - Previsão - Ausência - Negativa de posse - Impossibilidade - Mandado de segurança - Concessão da ordem 175

PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Violação - Agente público - Venda de madeira doada ao município - Apropriação do valor arrecadado - Dano ao erário - Improbidade administrativa - Penalidade - Art. 12 da Lei 8.429/92 - Art. 37, § 4º, da CF 224

PRINCÍPIO DA NECESSIDADE

Princípio da suficiência - Tráfico de entorpecentes - Corrupção de menores - Pena privativa de liberdade - Substituição - Impossibilidade 480

PRINCÍPIO DA PROBIDADE

Violação - Agente público - Venda de madeira doada ao município - Apropriação do valor arrecadado - Dano ao erário - Improbidade administrativa - Penalidade - Art. 12 da Lei 8.429/92 - Art. 37, § 4º, da CF 224

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Pena privativa de liberdade - Pena de multa 431

Princípio constitucional - Agente público - Improbidade administrativa - Co-réu - Afastamento da lide - Condenação - Abrandamento - Não-acolhimento - Penalidade - Art. 12 da Lei 8.429/92 - Art. 37, § 4º, da CF - Cumulatividade das penas - Afastamento pelo Juiz - Descabimento 224

PRINCÍPIO DA SUFICIÊNCIA

Princípio da necessidade - Tráfico de entorpecentes - Corrupção de menores - Pena privativa de liberdade - Substituição - Impossibilidade 480

PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO

Abigeato - Apropriação indébita - Receptação - Quadrilha - Crime continuado - Concurso material - Materialidade - Autoria - Laudo pericial - Requisito - Valoração da prova - Condenação 466

PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*

Crime contra o meio ambiente - Pesca predatória - Autoria - Norma penal em branco - Sisnama - Área interditada - Ausência de documento - Testemunha - Prova indiciária - Absolvição 528

Receptação qualificada - Furto - Corrupção de menores - Posse irregular de arma de fogo - Prova indiciária - Absolvição 475

PRISÃO PROVISÓRIA

Legalidade - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Emboscada - Pronúncia 497

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Prova pericial - Apresentação de quesitos - Prazo do art. 421, § 1º, do CPC - Preclusão - Inexistência - Perícia - Trabalhos não iniciados - Oferecimento dos quesitos a qualquer tempo - Possibilidade - Princípio da ampla defesa - Princípio do contraditório - Princípio da igualdade de tratamento às partes - Princípio da verdade real - Aplicabilidade 253

PROGRESSÃO DE REGIME - Vide: Regime de cumprimento da pena

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - Vide: Compra e venda

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 610

PRONÚNCIA

Juízo de admissibilidade - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Emboscada - Materialidade - Exame de corpo de delito - Autoria - Prova indiciária - Legítima defesa - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - *In dubio pro societate* 497

PROPRIEDADE

Aquisição originária - Pedido - Abandono de álveo - Caracterização da aquisição originária - Ausência - Decreto Federal 24.643/34 (Código de Águas) 61

Vide também: Direito de propriedade

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Contrato - Normas de proteção - Medida cautelar inominada - Liminar - Requisitos - Presença - Concessão 113

PROTESTO

Cancelamento - Título de crédito - Reparação de danos - Cumulação de pedidos - Duplicata - Endosso traslativo - Banco - Legitimidade de parte - Protesto - Dano moral - Configuração 229

PROTESTO DE TÍTULO

Dos emolumentos do protesto e as microempresas - Doutrina - Moacyr Borges de Castro Figueirôa 19

PROVA

Ameaça - Representação - Retratação extemporânea - Inadmissibilidade - Condenação 475

Compensação - Homicídio culposo - Crime de trânsito - Atropelamento - Negligência - Condenação - Culpa concorrente - Compensação - Inadmissibilidade 504

Crime contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Mercadoria deteriorada - Crime formal - Laudo pericial - Condenação - Comércio de bem essencial à vida ou à saúde - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade 521

Falsificação de documento público - Ausência de laudo pericial - Absolvição 427

Valoração - Abigeato - Apropriação indébita - Receptação - Quadrilha - Crime continuado - Concurso material - Materialidade - Autoria - Laudo pericial - Requisito - Princípio do livre convencimento - Condenação 466

Valoração - Estelionato - Telefone celular - Habilitação - Uso de documento alheio - CPF - Fraude - Sujeito passivo - Companhia telefônica - Vantagem ilícita - Condenação 431

Valoração - Extorsão qualificada - Lesão corporal grave - Materialidade - Autoria - Dolo - Tipicidade - Constrangimento ilegal - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Causa de aumento de pena - Concurso de pessoas - Inaplicabilidade 489

Valoração - Inadmissibilidade - Habeas corpus - Execução da pena - Regime de cumprimento da pena - Progressão - Exame criminológico - Magistrado - Poder discricionário - Constrangimento ilegal - Não-caracterização - Denegação da ordem 513

Valoração - Latrocínio - Ocultação de cadáver - Dolo - Tipicidade - Concurso material - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Confissão extrajudicial - Retração - Condenação 419

Valoração - Tráfico de entorpecentes - Corrupção de menores - Crime formal - Policial militar - Testemunha - Validade - Valoração da prova - Condenação 480

Valoração - Tráfico de entorpecentes - Testemunha - Retratação - Condenação 457

Valoração - Violação de direito autoral - Elemento subjetivo do tipo - Materialidade - Autoria - Tipicidade - Inexigibilidade de conduta diversa - Estado de necessidade - Não-caracterização - Condenação 492

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 611

Violação de direito autoral - Contrafação - Jóia - Materialidade - Autoria - Condenação . . .516

Vide também: Inversão do ônus da prova - Ônus da prova - Produção antecipada de provas - Prova indiciária - Prova pericial

PROVA INDICIÁRIA

Autoria - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Emboscada - Materialidade - Exame de corpo de delito - Legítima defesa - Absolvição sumária - Inadmissibilidade - Pronúncia - Juízo de admissibilidade - *In dubio pro societate* 497

Crime contra o meio ambiente - Pesca predatória - Autoria - Norma penal em branco - Sisnama - Área interditada - Ausência de documento - Testemunha - Prova indiciária - Princípio in dúbio pro reo - Absolvição 528

Receptação qualificada - Furto - Corrupção de menores - Posse irregular de arma de fogo - Princípio in dubio pro reo - Absolvição 475

PROVA PERICIAL

Apresentação de quesitos - Prazo do art. 421, § 1º, do CPC - Preclusão - Inexistência - Perícia - Trabalhos não-iniciados - Oferecimento dos quesitos a qualquer tempo - Possibilidade - Princípio da ampla defesa - Princípio do contraditório - Princípio da igualdade de tratamento às partes - Princípio da verdade real - Aplicabilidade 253

- Q -

QUADRILHA

Abigeato - Apropriação indébita - Receptação - Crime continuado - Concurso material - Materialidade - Autoria - Laudo pericial - Requisito - Princípio do livre convencimento - Valoração da prova - Condenação . . .466

Homicídio qualificado - Motivo torpe - Tribunal do Júri - Sentença penal condenatória - Intimação - Defensor dativo - Advogado constituído - Apelação criminal - Decurso de prazo - Intempestividade 447

QUADRILHA ARMADA

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Veículo automotor - Roubo impróprio - Concurso formal - Inaplicabilidade - Concurso material - Caracterização 439

QUESITO

Prova pericial - Apresentação de quesitos - Prazo do artigo 421, § 1º, do CPC - Preclusão - Inexistência - Perícia - Trabalhos não iniciados - Oferecimento dos quesitos a qualquer tempo - Possibilidade - Princípio da ampla defesa - Princípio do contraditório - Princípio da igualdade de tratamento às partes - Princípio da verdade real - Aplicabilidade 253

RECEPTAÇÃO QUALIFICADA

Furto - Corrupção de menores - Posse irregular de arma de fogo - Prova indiciária - Princípio *in dubio pro reo* - Absolvição 475

RECURSO DA ACUSAÇÃO

Não-conhecimento - Latrocínio - Sentença - Ministério Público - Sentença - Crime hediondo - Progressão de regime - Possibilidade - Juízo competente - Execução da pena - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 451

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço pública - Responsabilidade civil - Culpa da vítima - Reexame de provas - Impossibilidade em recurso extraordinário (STF) 551

REDUÇÃO DE TRIBUTO

Crime contra a ordem tributária - ICMS - Crédito Tributário - Fraude à fiscalização - Saída de mercadoria - Nota fiscal - Supressão de tributo - Pessoa jurídica - Gerente -

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 612

Condenação - Crime continuado - Ministério Público - Ônus da prova 436

REFORMATIO IN PEJUS

Impossibilidade - Correção monetária - Termo inicial - Inadimplemento da obrigação . . .399

REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA

Crime hediondo - Progressão - Possibilidade - Latrocínio - Sentença - Ministério Público - Recurso da acusação - Não-conhecimento - Juízo competente - Execução da pena - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 451

Inicial fechado - Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Veredicto - Soberania - Concurso de pessoas - Co-autoria - Caracterização - Tráfico de entorpecentes - Motivo torpe - Meio cruel - Surpresa - Crime hediondo - Fixação da pena - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

Progressão - Execução da pena - Unificação - Limite - Incidente de execução - Livramento condicional - Remição - Comutação - Prazo 510

Progressão - *Habeas corpus* - Execução da pena - Exame criminológico - Magistrado - Poder discricionário - Constrangimento ilegal - Não-caracterização - Valoração da prova - Inadmissibilidade - Denegação da ordem 513

Roubo qualificado - Pena-base - Fixação no mínimo legal - Circunstâncias judiciais favoráveis ao réu - Reconhecimento - Regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito - Inteligência do art. 33, § 2º, alínea b e § 3º, e art. 59, ambos do CP - Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao paciente (STJ) 531

Tráfico de entorpecentes - Corrupção de menores - Lei mais benéfica - Regime inicial fechado 480

REGIME INICIAL FECHADO

Tráfico de entorpecentes - Corrupção de menores - Lei mais benéfica 480

Vide também: Regime de cumprimento da pena

REGIME PRISIONAL - Vide: Regime de cumprimento da pena

REGISTRO DE IMÓVEIS

Ato notarial - Dano material - Configuração - Tabelião - Responsabilidade civil - Indenização - Valor - Dano moral - Inexistência 327

Averbação impeditiva da alienação do imóvel - Terras devolutas - Ação discriminatória - Improcedência - Cancelamento do registro antes do trânsito em julgado da decisão judicial - Impossibilidade jurídica do pedido - Arts. 246 e seguintes da Lei 6.015/73 89

Cancelamento - Negócio jurídico - Agente incapaz - Imóvel - Compra e venda - Escritura pública - Anulação - Mandato - Nulidade . .75

REGISTRO DE NASCIMENTO

Anulação - Ação negatória de paternidade - Exoneração de alimentos - Cumulação de ações - DNA - Paternidade socioafetiva - Registro anulado 163

REGISTRO DE ÓBITO

Retificação - Filhos pré-mortos do *de cujus* - Supressão do nome no registro - Pedido - Prejuízo a terceiros - Não ocorrência - Admissibilidade 154

REGISTRO PÚBLICO

Certidão de óbito - Filhos pré-mortos do *de cujus* - Supressão do nome no registro - Pedido - Prejuízo a terceiros - Não ocorrência - Admissibilidade 154

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Liminar - Concessão - Art. 927 do CPC - Requisitos - Presença - Propriedade - Posse - Esbulho - Turbação - Prova - Audiência de Justificação - Desnecessidade - Oitiva de testemunhas - Faculdade do juiz 413

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 613

Possibilidade - Contrato de arrendamento - Rescisão - Perdas e danos - Posto de combustível - *Pacta sunt servanda* - Violação - Inadmissibilidade 318

RELAÇÃO DE CONSUMO

Ação ordinária - Nulidade de cláusulas contratuais cumulada com repetição de indébito - Ajuizamento - Domicílio do representante processual da parte - Foro estranho ao domicílio das partes e ao local da celebração ou de cumprimento do contrato - Escolha aleatória - Previsão legal - Ausência - Princípio do juiz natural - Violação - Incompetência absoluta - Declaração 368

REMIÇÃO

Execução da pena - Unificação - Limite - Incidente de execução - Progressão de regime - Livramento condicional - Comutação - Prazo 510

REPARTIÇÃO DA RECEITA TRIBUTÁRIA

Argüição de inconstitucionalidade - Reserva de plenário - ICMS - Municípios - Valor adicionado fiscal - Lei Estadual 13.803/2000 - Declaração incidental de inconstitucionalidade - Art. 158, IV e parágrafo único, da CF 43

REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Impossibilidade - Ex-cônjuge - Alimentos - Exoneração - Alimentada - Constituição de união estável - Prova - Cessação do dever 159

Operadora de telefonia - Litisconsórcio - Inexistência - Justiça Estadual - Competência - Decadência - Inocorrência - Impulso telefônico além da franquia - Detalhamento da fatura - Anatel - Resolução 85/90 - Art. 7º do Decreto 4.733/03 - Prazo - Estipulação 338

REPOUSO NOTURNO

Inaplicabilidade - Abigeato - Furto qualificado - Causa de aumento de pena 466

REPRESENTAÇÃO

Retratação extemporânea - Inadmissibilidade - Ameaça - Prova - Condenação 475

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

Contrato - Rescisão - Ação de cobrança - Competência - Justiça Comum - Cláusula *del credere* - Inclusão - Proibição - Art. 43 da Lei 4.886/65 248

RESCISÃO CONTRATUAL

Perdas e danos - Cumulação de pedidos - Petição inicial - Inépcia - Não-caracterização - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Impossibilidade jurídica do pedido - Inexistência - Posto de combustível - Serviços afins - Contrato de arrendamento - Obrigações - Descumprimento - *Pacta sunt servanda* - Violação - Inadmissibilidade - Reintegração de posse - Possibilidade - Sucumbência - Fixação 318

RESOLUÇÃO

n. 85/98, da Anatel - Telefone - Impulso telefônico além da franquia - Detalhamento da fatura - Operadora de telefonia - Art. 7º do Decreto 4.733/03 - Prazo - Estipulação - Repetição do indébito - Litisconsórcio - Inexistência - Justiça Estadual - Competência - Decadência - Inocorrência 338

RESPONSABILIDADE CIVIL

Tabelião - Cartório de Registro de Imóveis - Ato notarial - Dano material - Configuração - Indenização - Valor - Dano moral - Inexistência 327

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Indenização - Danos materiais e morais - Teoria do risco administrativo - Responsabilidade objetiva - Nexo de causalidade - Não-ocorrência - Força maior - Caracterização - Administração pública - Escoamento de água pluvial - Conduta omissiva - Ausência de prova 204

RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Indenização - Dano material - Dano moral - Cirurgia - Erro médico - Nexo causal - Inexistência - Prestação de serviço - Defeito - Prova - Ausência - Improcedência do pedido 272

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 614

Indenização - Danos materiais e morais - Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo - Nexo de causalidade - Não-ocorrência - Força maior - Caracterização - Administração pública - Escoamento de água pluvial - Conduta omissiva - Ausência de prova 204

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

Risco administrativo - Pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público - Responsabilidade civil - Abrandamento ou exclusão - Culpa da vítima - Reexame de fatos e provas em recurso extraordinário - Impossibilidade (STF) 551

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Ação declaratória - Veículo - Venda - Detran - Comunicação - Ausência - IPVA - Obrigação tributária - Vendedor - Art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro – Aplicabilidade 214

Indenização - Dano moral - Internet - Anúncio de serviços sexuais - Legitimidade *ad causam* - Lei de Imprensa - Aplicação por analogia 126

Indenização - Dano moral - Telefone celular - Defeito - Fase de garantia - Fabricante e Vendedor - Arts. 13 e 18 do CDC - Decisão *ultra petita* - Decote do excesso - Nulidade afastada - Valor da indenização - Arbitramento - Critério 144

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Execução fiscal - Redirecionamento - Sócio-gerente que figura na CDA como co-responsável - Legitimidade passiva - Possibilidade - Art. 2º, § 5º, I, da Lei 6.830/80 - Art. 202, I do CTN - Art. 568, I do CPC - Distinção entre relação de direito processual (pressuposto para ajuizar a execução e relação de direito material (Pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária) (STJ) . .545

RETRATAÇÃO

Latrocínio - Ocultação de cadáver - Dolo - Tipicidade - Concurso material - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Confissão extrajudicial - Valoração da prova - Condenação 419

Tráfico de entorpecentes - Testemunha - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena 457

RÉU PRIMÁRIO

Tráfico de entorpecentes - Fixação da pena - Causa de aumento - Adolescente - Menor de vinte e um anos - Causa de diminuição - Bons antecedentes - Lei mais benéfica - Aplicabilidade - Critérios 457

REVELIA

Citação regular - Efeitos - Aplicabilidade . .116

RISCO ADMINISTRATIVO

Responsabilidade objetiva do Estado - Pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público - Responsabilidade civil - Abrandamento ou exclusão - Culpa da vítima - Reexame de fatos e provas em recurso extraordinário - Impossibilidade (STF) . .551

ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO

Furto - Tentativa - Momento da ação - Ato preparatório - Ato de execução - Conduta típica - Caracterização - *Iter criminis* - Condenação 508

ROUBO IMPRÓPRIO

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Veículo automotor - Quadrilha armada - Concurso formal - Inaplicabilidade - Concurso material - Caracterização . .439

ROUBO QUALIFICADO

Arma de fogo - Concurso de pessoas - Veículo automotor - Roubo impróprio - Quadrilha armada - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação - Concurso formal - Inaplicabilidade - Concurso material - Caracterização - Fixação da pena - Princípio da legalidade - Multa - Inadmissibilidade 439

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 615

Emprego de arma e concurso de agentes - Aumento da pena em decorrência das duas qualificadoras - Ausência de fundamentação - Constrangimento ilegal configurado - Regime prisional mais gravoso - Impropriedade - Inobservância do disposto no art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º do CP - Ordem concedida para fixar o aumento da pena pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao paciente (STJ) 531

- S -

SAÍDA DE MERCADORIA
Crime contra a ordem tributária - ICMS - Crédito tributário - Fraude à fiscalização - Nota fiscal - Redução e supressão de tributo - Pessoa jurídica - Gerente - Condenação - Crime continuado - Ministério Público - Ônus da prova 436

SAÚDE
Contribuição para custeio - Ipsemg - Exigência compulsória - Ilegalidade - Art. 85 da Lei Complementar Estadual 64/2002 - Inconstitucionalidade - Art. 149 da CF - Interpretação restritiva 41

SECRETARIA DE SAÚDE
SUS - Fornecimento de medicamento - Recusa - Legalidade - Despesa pública - Disponibilidade econômica - Teoria da reserva do possível - Orçamento - Princípio da isonomia - Controle judicial - Limite - Estado - Legitimidade passiva - Ausência de direito líquido e certo - Mandado de segurança - Denegação da ordem - Voto vencido . .349

SEGURADORA
Veículo - Furto em estacionamento de *shopping center* - Responsabilidade civil - Súmula 130 do STJ - Aplicabilidade - Indenização - Empresa seguradora - Legitimidade ativa - Sub-rogação 411

SEGURO
Cláusula resolutiva unilateral - Invalidade - Sinistro - Veículo 243

Indenização - Invalidez - Prescrição ânua - Art. 178 do Código CC/1916 - Prazo - Termo inicial - Aposentadoria - Data da concessão 390

SENTENÇA
Inexistência de contradição ou omissão - Nulidade - Ausência 239

Latrocínio - Sentença - Ministério Público - Recurso da acusação - Não-conhecimento - Crime hediondo - Progressão de regime - Possibilidade - Juízo competente - Execução da pena - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 451

Liquidação por artigos - Indenização - Homologação - Laudo de avaliação - Conclusão - Afastamento - Valor - Fixação de forma subjetiva - Perícia técnica - Necessidade - Processo de conhecimento - Contrariedade - Impossibilidade - Honorários - Imutabilidade - Coisa julgada 80

SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA
Homicídio qualificado - Motivo torpe - Quadrilha - Tribunal do Júri - Intimação - Defensor dativo - Advogado constituído - Apelação criminal - Decurso de prazo - Intempestividade 447

SEPARAÇÃO DE CORPOS
Divórcio direto - Biênio factual - Boletim de ocorrência - Prova válida de tempo - Nome de casada - Manutenção - Art. 25, II, da Lei 6.515/77 - Alimentos - Filhos – Fixação 135

SEPARAÇÃO JUDICIAL
Usufruto de imóvel residencial - Concessão a ambos os cônjuges - Impedimento concreto ao usufruto comum do bem - Utilização exclusiva por um dos usufrutuários - Comunhão dos frutos e despesas *propter rem* - Aluguel - Pagamento - Dever - Ação de cobrança - Valor - Fixação - Sentença - Liquidação por arbitramento 63

SERASA

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 616

Nome do consumidor - Inscrição indevida - Dano moral - Caracterização - Valor - Fixação 51

SERVIDOR PÚBLICO

Ipsemg - Contribuição para custeio à saúde - Exigência compulsória - Ilegalidade - Art. 85 da Lei Complementar Estadual 64/2002 - Inconstitucionalidade - Art. 149 da CF - Interpretação restritiva 41

Servidor designado - Dispensa *ad nutum* - Possibilidade - Função pública - Título precário - Estabilidade extraordinária - Direito líquido e certo - Inexistência - Mandado de segurança - Denegação da ordem - Art. 105, 106 e 108 do ADCT da CE - Inaplicabilidade 38

Servidor público municipal - Licença sem remuneração - Prazo indeterminado - Acompanhamento de cônjuge - Pedido de prorrogação - Indeferimento - Autonomia do município - Direito líquido e certo - Ausência - Mandado de segurança - Denegação da ordem 122

SFH

Ação anulatória - Execução extrajudicial - DL 70/66 - Constitucionalidade - Devedor - Notificação - Ausência - Nulidade da execução extrajudicial 178

SINISTRO

Veículo - Seguro - Cláusula resolutiva unilateral - Invalidade 243

SOCIEDADE LIMITADA

Dissolução - Composição da lide - Sócios remanescentes - Sociedade mercantil - Legitimidade passiva - Liquidante - Destituição - Múnus - Cumprimento parcial - Honorários devidos - Recomposição da sociedade - Prazo - Fixação - Sócio retirante - Interesse processual - Ausência 341

Reunião de sócios - Nulidade de convocação - Contrato social - Ausência de previsão - Normas sobre a assembléia - § 6º do art. 1.072 do CC/2002 - Aplicabilidade - Administrador não sócio - Destituição - Quórum - Maioria absoluta 267

SOCIEDADE MERCANTIL

Sociedade limitada - Dissolução - Composição da lide - Sócio remanescente - Legitimidade passiva - Liquidante - Destituição - Múnus - Cumprimento parcial - Honorários devidos — Provas - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Recomposição da sociedade - Prazo - Fixação - Sócio retirante - Interesse processual - Ausência 341

SOCIEDADE SUBSIDIÁRIA INTEGRAL

Sociedade que incorpora ações de outra - Personalidade jurídica distinta - Art. 206, I, d, e art. 251 da Lei 6.404/76 - Instituição bancária - Aquisição da totalidade das ações de outro banco - Instituição financeira subsidiária integral - Sucessão - Não-ocorrência - Ação revisional de contrato - Cumulação com repetição do indébito - Ilegitimidade passiva ad causam - Extinção do processo sem resolução do mérito - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência 275

SÓCIO-GERENTE

Indicação na CDA como co-responsável - Execução fiscal - Legitimidade passiva - Redirecionamento da ação executiva - Possibilidade - Art. 2º, § 5º, I, da Lei 6.830/80 - Art. 202, I do CTN - Art. 568, I do CPC - Responsabilidade tributária - Decisão nas vias cognitivas (Embargos à execução) - Distinção entre relação de direito processual (pressuposto para ajuizar a execução e relação de direito material (Pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária) (STJ) 545

SUCUMBÊNCIA

Honorários de advogado - Execução de sentença - Executados não beneficiários da justiça gratuita - Exigibilidade do título 99

Isenção - Ação popular - Agentes políticos - Litisconsórcio necessário - Citação - Indispensabilidade - Extinção do processo - Julgamento do mérito - Ausência 106

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 617

SUCUMBÊNCIA MÍNIMA
Inexistência - Acolhimento de apenas um dos pedidos da inicial - Art. 21, parágrafo único do CPC - Inaplicabilidade 209

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA
Honorários de advogado - Compensação .209

SUJEITO PASSIVO
Competência jurisdicional - Estelionato - Empresa pública federal - ECT - Justiça Federal - Nulidade 428

SÚMULA
As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso - Doutrina - Renato César Jardim 30

SUPLETIVO
Menor de 18 anos - Aprovação em concurso vestibular - Realização do exame supletivo - Possibilidade - Pedido de inscrição no ensino médio - Recusa - Inadmissibilidade - Educação - Garantia constitucional - Idade mínima - Princípio da razoabilidade - Ensino - Acesso a níveis mais elevados - Art. 208, V, da CF - Mandado de segurança - Concessão da ordem 55

SUPRESSÃO DE TRIBUTO
Crime contra a ordem tributária - ICMS - Crédito tributário - Fraude à fiscalização - Saída de mercadoria - Nota fiscal - Redução e supressão de tributo - Pessoa jurídica - Gerente - Condenação - Crime continuado - Ministério Público - Ônus da prova 436

SURPRESA
Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Veredicto - Soberania - Concurso de pessoas - Co-autoria - Caracterização - Tráfico de entorpecentes - Motivo torpe - Meio cruel - Surpresa - Crime hediondo - Fixação da pena - Regime inicial fechado - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

SUS
Mandado de segurança - Fornecimento de medicamento - Secretaria de saúde - Recusa - Legalidade - Despesa pública - Disponibilidade econômica - Teoria da reserva do possível - Orçamento - Princípio da isonomia - Controle judicial - Limite - Estado - Legitimidade passiva - Ausência de direito líquido e certo - Denegação da ordem - Voto vencido 349

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO
Admissibilidade - Recusa de proposta pelo Ministério Público - Constrangimento ilegal caracterizado - Habeas corpus concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida - Interpretação do art. 89 da Lei 9.099/95 - Ação penal - Crime contra as relações de consumo - Pena - Previsão alternativa de multa - Ação penal (STF) 553

- T -

TABELIÃO
Ato notarial - Cartório de registro de imóveis - Dano material - Configuração - Indenização - Valor - Dano moral - Inexistência 327

TAXA
Taxa de controle e fiscalização ambiental do Estado de Minas Gerais (TFAMG) - Legalidade - Base de cálculo - Lei Estadual nº 14.940/03 - Constitucionalidade - Potencial de poluição - Nível de uso de recursos naturais - Tamanho do empreendimento fiscalizado - Método quantitativo - Princípios constitucionais da proporcionalidade e da retributividade - Bitributação - Não-configuração 314

TELEFONE
Impulso além da franquia - Detalhamento da fatura - Operadora de telefonia - Anatel - Resolução 85/98 - Art. 7º do Decreto 4.733/03 - Prazo - Estipulação - Repetição do indébito - Litisconsórcio - Inexistência - Justiça Estadual - Competência - Decadência - Inocorrência 338

TELEFONE CELULAR

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 618

Defeito - Fase de garantia - Fabricante e vendedor - Responsabilidade solidária - Arts. 13 e 18 do CDC - Decisão ultra petita - Decote do excesso - Nulidade afastada - Indenização - Dano moral - Valor da indenização - Arbitramento - Critério 144

Estelionato - Habilitação - Uso de documento alheio - CPF - Fraude - Sujeito passivo - Companhia telefônica - Vantagem ilícita - Valoração da prova - Condenação 431

Plano - Migração - Titular da linha - Ausência de autorização - Impossibilidade - Serasa - Nome do consumidor - Inscrição devida - Dano moral - Caracterização - Indenização - Valor - Fixação 51

TENTATIVA

Extorsão - Crime formal - Vantagem indevida - Irrelevância - *Iter criminis* - Circunstância alheia - Crime consumado - Tentativa - Desclassificação do crime - Possibilidade 444

Furto - Rompimento de obstáculo - Momento da ação - Ato preparatório - Ato de execução - Conduta típica - Caracterização - *Iter criminis* - Condenação 508

TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Indenização - Danos materiais e morais - Responsabilidade civil do Estado - Responsabilidade objetiva - Nexo de causalidade - Não-ocorrência - Força maior - Caracterização - Administração pública - Escoamento de água pluvial - Conduta omissiva - Ausência de prova 204

TERRA DEVOLUTA

Registro de imóveis - Averbação impeditiva de alienação do imóvel - Ação discriminatória - Improcedência - Cancelamento do registro antes do trânsito em julgado da decisão judicial - Cancelamento anterior - Impossibilidade - Arts. 246 e seguintes da Lei 6.015/73 89

TESTEMUNHA

Crime contra o meio ambiente - Pesca predatória - Autoria - Norma penal em branco - Sisnama - Área interditada - Ausência de documento - Testemunha - Prova indiciária - Princípio *in dubio pro reo* - Absolvição 528

Tráfico de entorpecentes - Corrupção de menores - Crime formal - Policial militar - Testemunha - Validade - Valoração da prova - Condenação 480

Tráfico de entorpecentes - Retratação - Valoração da prova – Condenação 457

TIPICIDADE

Extorsão qualificada - Lesão corporal grave - Materialidade - Autoria - Dolo - Valoração da prova - Tipicidade - Constrangimento ilegal - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Causa de aumento de pena - Concurso de pessoas - Inaplicabilidade 489

Latrocínio - Ocultação de cadáver - Concurso material - Homicídio - Dolo - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Confissão extrajudicial - Retratação - Valoração da prova - Condenação 419

Violação de direito autoral - Elemento subjetivo do tipo - Materialidade - Autoria - Inexigibilidade de conduta diversa - Estado de necessidade - Não-caracterização - Valoração da prova - Condenação 492

TÍTULO DE CRÉDITO

Ação anulatória - Cancelamento de protesto - Reparação de danos - Cumulação de pedidos - Duplicata - Endosso traslativo - Banco - Legitimidade de parte - Protesto indevido 229

TÍTULO EXECUTIVO

Ineficácia - Ação monitória - Cheque prescrito - Agiotagem - Usura - Defesa para obstar a constituição de titulo executivo - Inversão do ônus da prova - Descabimento - Art. 3º da Medida Provisória 2.172-32/2001 - Inaplicabilidade - Juros abusivos - Origem espúria da dívida - Comprovação - Prova

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 619

escrita sem eficácia de título executivo - Invalidade - Embargos monitórios – Acolhimento 218

TOMBAMENTO

Desconstituição - Deterioração do bem - Proprietário - Ausência de recursos - Restauração - Ônus - Negativa do município 68

Imóvel - Patrimônio histórico - Demolição - Impossibilidade 307

TORTURA

Crime próprio - Lesão corporal - Desclassificação do crime - Possibilidade - Condenação - Pena privativa de liberdade - Restritiva de direitos - Inadmissibilidade 502

TRÁFICO DE ENTORPECENTES

Corrupção de menores - Crime formal - Policial militar - Testemunha - Validade - Valoração da prova - Condenação - Associação eventual - Causa de aumento de pena - Inaplicabilidade - Lei mais benéfica - Regime inicial fechado - Pena privativa de liberdade - Substituição - Restritiva de direitos - Impossibilidade - Princípios da suficiência e da necessidade 480

Crime conexo - Lei mais benéfica - Desclassificação do crime - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Emboscada 497

Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Veredicto - Soberania - Concurso de pessoas - Co-autoria - Caracterização - Motivo torpe - Meio cruel - Surpresa - Crime hediondo - Fixação da pena - Regime inicial fechado - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

Testemunha - Retratação - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Causa de aumento - Adolescente - Menor de vinte e um anos - Causa de diminuição - Réu primário - Bons antecedentes - Lei mais benéfica - Aplicabilidade - Critérios 58

TRIBUNAL DO JÚRI

Homicídio qualificado - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Veredicto - Soberania - Concurso de pessoas - Co-autoria - Caracterização - Tráfico de entorpecentes - Motivo torpe - Meio cruel - Surpresa - Crime hediondo - Fixação da pena - Regime inicial fechado - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

Homicídio qualificado - Motivo torpe - Quadrilha - Sentença penal condenatória - Intimação - Defensor dativo - Advogado constituído - Apelação criminal - Decurso de prazo - Intempestividade 447

TUTELA ANTECIPADA

Ação civil pública - Acupuntura - Profissão não regulamentada - Art. 5º, XIII da CF - Clínica de acupuntura - Ausência de supervisão por médico habilitado - Oferta de internação e tratamento médico - Propaganda - Impossibilidade - Ação civil pública - Suspensão das atividades de internação e consultas - Tutela antecipada - Deferimento parcial - Serviço específico de acupuntura - Admissibilidade 260

Ação civil pública - Deferimento parcial - Clínica de acupuntura - Oferta de serviços médicos - Internação e consulta - Veiculação de propaganda - Impossibilidade - Serviço específico de acupuntura - Possibilidade 260

Retirada de animais de unidade condominial - Animal em apartamento - Convenção de condomínio - Autorização - Perturbação do sossego e da saúde dos moradores - Inexistência de prova - Local onde vivem os animais - Infiltração causada pela limpeza da área - Perigo de dano - Não comprovação - Verossimilhança das alegações - Prova inequívoca - Ausência - Dilação probatória - Necessidade - Concessão da medida - Impossibilidade 120

Verossimilhança das alegações - Prova inequívoca - Concessão da medida IPSM - Militar - Falecimento - Ex-mulher - Alimentos fornecidos pelo segurado - Dependência econômica - Direito à pensão previdenciária

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 620

na mesma proporção da pensão alimentícia 169

UNIÃO ESTÁVEL

Ex-cônjuge - Alimentada - Prova - Mandado de segurança - Concessão da ordem - Alimentos - Exoneração - Cessação do dever - Repetição de indébito - Impossibilidade 159

União homossexual - Entidade familiar - Direitos - Reconhecimento - Art. 226, § 3º da CF/88 - Aplicação por analogia - Princípio da igualdade - Princípio da dignidade da pessoa humana - Observância - Plano de saúde - Assistência médica - Assistência odontológica - Pensão previdenciária - Dependente - Parceiro - Inclusão - Possibilidade 403

UNIFICAÇÃO DE PENAS

Execução - Limite - Incidente - Progressão de regime - Livramento condicional - Remição - Comutação - Prazo 510

UNIVERSIDADE ESTRANGEIRA

Diploma - Pedido de revalidação automática - Direito adquirido - Inexistência - Decreto 80.419/77 - Revogação pelo Decreto 3.007/99 - Colação de grau posterior - Expectativa de direito 156

USUCAPIÃO

Reconhecimento - Veículo - Alienação fiduciária - Transferência a terceiro - Pagamento - Crédito Trabalhista - Posse - *Animus domini* - Prazo de cinco anos - Implementação . . .86

USUFRUTO

Imóvel residencial - Concessão a ambos os cônjuges - Separação judicial - Impedimento concreto ao usufruto comum do bem - Utilização exclusiva por um dos usufrutuários - Comunhão dos frutos e despesas propter rem - Aluguel - Pagamento - Dever - Ação de cobrança - Valor - Fixação - Sentença - Liquidação por arbitramento 63

- V -

VALOR ADICIONADO FISCAL

Argüição de inconstitucionalidade - Reserva de plenário - ICMS - Repartição da receita tributária - Municípios - Lei Estadual 13.803/2000 - Declaração incidental de inconstitucionalidade - Art. 158, IV e parágrafo único, da CF 43

VANTAGEM ILÍCITA

Estelionato - Telefone celular - Habilitação - Uso de documento alheio - CPF - Fraude - Sujeito passivo - Vantagem ilícita - Valoração da prova - Condenação 431

VEÍCULO

Ação declaratória - Venda - Detran - Comunicação - Ausência - IPVA - Obrigação tributária - Vendedor - Responsabilidade solidária - Art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro - Aplicabilidade 214

Alienação fiduciária - Transferência a terceiro - Pagamento - Crédito trabalhista - Posse - *Animus domini* - Prazo de cinco anos - Implementação - Usucapião - Reconhecimento 86

Busca e apreensão - Consórcio - Alienação fiduciária - Sub-rogação no crédito - Legitimidade ativa - Art. 6º do Dec.-lei 911/69 - Sinistro - Seguro - Cláusula resolutiva unilateral – Invalidade 243

Furto em estacionamento de shopping center - Responsabilidade civil - Súmula 130 do STJ - Aplicabilidade - Indenização - Seguradora - Legitimidade ativa - Sub-rogação 411

VEÍCULO AUTOMOTOR

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Roubo impróprio - Quadrilha armada - Concurso formal - Inaplicabilidade - Concurso material - Caracterização . .439

VEÍCULO CLONADO

Condutor não identificado - Prova - Multa - Cancelamento - CRLV - Emissão 401

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 621

VEREADOR

Fiscalização de documento público - Câmara Municipal - Impedimento de acesso - Abuso de poder – Ilegalidade 416

VEREDICTO

Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Soberania - Concurso de pessoas - Co-autoria - Caracterização - Tráfico de entorpecentes - Motivo torpe - Meio cruel - Surpresa - Crime hediondo - Fixação da pena - Regime inicial fechado - Lei mais benéfica - Aplicabilidade 423

VESTIBULAR

Aprovação - Menor de 18 anos - Exame supletivo - Pedido de inscrição no ensino médio - Recusa - Inadmissibilidade - Idade mínima - Princípio da razoabilidade - Estudante - Acesso a níveis mais elevados de ensino - Art. 208, V, da CF 55

VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

Elemento subjetivo do tipo - Materialidade - Autoria - Tipicidade - Inexigibilidade de conduta diversa - Estado de necessidade - Não-caracterização - Valoração da prova - Condenação - Pena de multa - Critérios objetivo e subjetivo 492

-:::-

rjm vol 181-02-04-08.qxp 4/4/2008 13:42 Page 622